

TEMAS

Vol. 6, Tomo 3

Direito Administrativo, Urbanístico e Previdenciário



Revista do
Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro

Volume 6, Tomo 3

TEMAS

Direito Administrativo, Urbanístico e Previdenciário

 **Revista do
Ministério Público**
do Estado do Rio de Janeiro

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia

Diretor

Adolfo Borges Filho

Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton

Diretor Honorário

Conselho Editorial da Revista do Ministério Público

Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara

Antônio do Passo Cabral

Antonio Henrique Graciano Suxberger

Clarissa Diniz Guedes

Fernanda Medina Pantoja

Fredie Didier Jr.

Guilherme Peres

Guilherme Sandoval Góes

Marcelo Machado Costa Lima

Márcio Carvalho Faria

Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis

Ronaldo Cramer

Sofia Temer

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

As reproduções fotográficas utilizadas na capa e no miolo pertencem ao acervo do Museu Histórico Nacional / IBRAM / Ministério da Cultura. As pinturas são de autoria de Carlos Oswald e fazem parte da sala Jenny Dreyfuss do Museu Histórico Nacional, no Rio de Janeiro.

Tiragem: 100 exemplares | Circulação Nacional

Pede-se permuta | *On demande l'échange* | *We ask for exchange*

Redação e Administração

Av. Marechal Câmara, 370 - 3º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20020-080

Telefones/Fax (21) 2219-3370 e (21) 2219-3371

www.mprj.mp.br | e-mail: rmp@mprj.mp.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Temas [livro eletrônico] : direito administrativo, urbanístico e previdenciário : volume 6 : tomo 3 / [organizador e diretor Emerson Garcia ; diretor Adolfo Borges Filho ; coordenação-geral Luiza Helena Torezani]. -- Rio de Janeiro : Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2024. -- (Coleção temas)
PDF

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-88520-64-2

1. Direito administrativo - Brasil 2. Direito previdenciário - Brasil 3. Direito urbanístico - Brasil I. Garcia, Emerson. II. Borges Filho, Adolfo. III. Torezani, Luiza Helena. IV. Série.

24-243268

CDU-34

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 34

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Luciano Oliveira Mattos de Souza

Procurador-Geral de Justiça

Eduardo da Silva Lima Neto

Procuradoria-Geral de Justiça / Subprocurador-Geral de
Justiça de Administração

Ediléa Gonçalves dos Santos Cesario

Subprocurador-Geral de Justiça de Justiça de Planejamento e
Políticas Institucionais

Ana Cristina Lesqueves Barra

Subprocuradora-Geral de Justiça de de Assuntos Cíveis e Institucionais

Roberto Moura Costa Soares

Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais

Eduardo da Silva Lima Neto

Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de
Prerrogativas (Respondendo pelo expediente)

David Francisco de Faria

Chefe de Gabinete

Emerson Garcia

Consultor Jurídico

Roberto Góes Vieira

Secretário-Geral do Ministério Público

Leandro Silva Navega

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Ricardo Ribeiro Martins

Corregedor-Geral do Ministério Público

Galdino Augusto Coelho Bordallo

Subcorregedor-Geral

Viviane Tavares Henriques

Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Luciano Oliveira Mattos de Souza

Procurador-Geral de Justiça

Ricardo Ribeiro Martins

Corregedor-Geral

Membros natos

Márcio Klang

José Maria Leoni Lopes de Oliveira

José Antonio Leal Pereira

Alexandre Araripe Marinho

Augusto Dourado

Heloisa Maria Alcofra Miguel

José Roberto Paredes

Nelma Gloria Trindade de Lima

Celma Pinto Duarte de Carvalho Alves

Fátima Maria Ferreira Melo

Membros eleitos

Márcia Alvares Pires Rodrigues

Marcelo Daltro Leite

Rita de Cássia Araújo de Faria

Walberto Fernandes de Lima

Luciana Sapha Silveira

Márcia Maria Tamburini Porto

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva

Patricia Mothé Glioche Béze

Gianfilippo de Miranda Pianezzola

Carla Rodrigues Araujo de Castro

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

Luciano Oliveira Mattos de Souza

Procurador-Geral de Justiça

Ricardo Ribeiro Martins

Corregedor-Geral

Titulares Eleitos

Primeira Turma

Sumaya Therezinha Helayel

Luiz Fabião Guasque

Flávia de Araujo Ferrer

Claudio Varela

Segunda Turma

Antonio José Campos Moreira

Katia Aguiar Marques Selles Porto

Márcio Mothé Fernandes

Conceição Maria Tavares de Oliveira

Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Cláudio Henrique da Cruz Viana

Presidente

• • •

**Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado
do Rio de Janeiro**

Eduardo da Silva Lima Neto

Diretor-Presidente

• • •

**Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do
Rio de Janeiro**

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva

Diretor-Presidente

• • •

**Centro dos Procuradores de Justiça do Estado
do Rio de Janeiro**

Fátima Melo

Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo

Diretor-Presidente



Editorial



A coleção *Temas*, que ora apresentamos aos leitores da Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, é formada por diversos volumes recheados com uma valiosa coletânea de artigos jurídicos e, numa proporção menor, filosóficos, produzidos ao longo de quase seis décadas nas “três fases” do periódico.

Na atuação do Direito, destaca-se a trilogia “lei, jurisprudência e doutrina” como verdadeiras fontes de onde emanam, respectivamente, as normas produzidas pelo Poder Legislativo, as decisões do Poder Judiciário, que se transformam em jurisprudência, e a doutrina construída por profissionais especializados nas diversas áreas do Direito. A doutrina exerce relevante papel não apenas para a compreensão da legislação e da jurisprudência, mas como fomentadora de novas ideias e opiniões, que fornecem subsídios para que legisladores formulem projetos de leis e para que juízes, membros do Ministério Público, advogados e professores elaborem decisões, peças processuais e trabalhos acadêmicos, enriquecendo a hermenêutica jurídica. Enfatize-se o papel da doutrina no mundo acadêmico, na produção de monografias, dissertações e teses que, embrionariamente, podem ser resultados de um simples artigo. O mesmo pode ser dito em relação aos livros didáticos, cujos autores expandem os conteúdos de artigos transformando-os em capítulos de uma ou mais obras para consulta de estudantes e profissionais da área. A coleção *Temas* se encaixa nesse universo mais amplo que acabamos de descrever.

No “histórico” que compõe a abertura dos *Temas*, é relevante trazer a lume o trecho abaixo, que assinala uma espécie de marco temporal de maior engajamento da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro na seara doutrinária, incentivando, assim, a publicação de artigos.

Na Resolução nº 698, de 24 de abril de 1996, o Procurador-Geral de Justiça Hamilton Carvalhido ressaltou a “necessidade da existência de um órgão cultural do

Ministério Público, sob a forma de publicação periódica”, o qual realizaria a importante função de “divulgação dos trabalhos de doutrina, pareceres e razões dos membros do Ministério Público”. Destacou, ainda, a “conveniência da publicação de estudos doutrinários emanados de juristas de notório saber jurídico, ainda que estranhos ao Parquet, mas que se disponham a prestar sua colaboração, sem qualquer ônus para a Instituição”. Por fim, observou que a publicação do periódico institucional manteria “vivo e atualizado o pensamento jurídico dos membros da Instituição.

Os artigos que compõem os *Temas* foram organizados de forma meticulosa pela equipe da Revista, sendo colocados sob as rubricas das matérias jurídicas pertinentes, atribuindo-lhes, ainda, subcategorias para facilitação da pesquisa por parte dos leitores. Cada artigo ostenta, também, o número da edição da Revista e o respectivo ano em que foi publicado. À guisa de exemplificação, seguem artigos de juristas que colaboraram com a nossa Revista:

No **Direito Constitucional**: *Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico*, de Emerson Garcia, 2007; e *O ser das regras, das normas e dos princípios constitucionais*, de José Afonso da Silva, 2013. No **Direito Penal**: *Apologia do Direito Penal*, de Roberto Lyra, 1967; *A Teoria da Ação Finalista no Direito Penal*, de Néelson Hungria, 1967; *Evolução histórica do Direito Penal: A luta contra o crime*, de Giorgio Del Vecchio, 1967. No **Direito Processual Penal**: *A eficácia da lei processual no tempo*, de Fernando da Costa Tourinho Filho, 2010. No **Direito Civil**: *Normas e princípios de Direito Civil na Constituição Brasileira de 1988*, de Luiz Roldão de Freitas Gomes, 1998 e *Apontamentos para um Estudo sobre a Reparação do dano causado pelo Crime e os Meios de promovê-la em juízo*, de José Carlos Barbosa Moreira, 1979. No **Direito Empresarial**: *A introdução do “leasing” no Brasil*, de Arnaldo Wald, 1970. No **Direito Processual Civil**: *O Ministério Público como Órgão Agente e como Órgão Interveniente no Processo Civil*, de Clóvis Paulo da Rocha, 1973; e *Respostas de Réu (Exceções). As exceções no Direito Romano*, de Simão Isaac Benjô, 1972. No **Direito Tributário**: *IR Adicional Estadual de Imposto de Renda: declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora*

do tributo e limites da repetição de indébito, de Helcio Alves de Assumpção, 1996. Em *Princípios Institucionais: Modernização da segunda instância do Ministério Público*, de Hugo Nigro Mazzilli, 2012. Em *Teoria Geral do Direito: Limites da lei no tempo*, de Paulo Dourado de Gusmão, 1968; e *Juristas, jurisperitos, jurisprudentes*, de Neje Hamaty, 2005. No *Direito da Criança e do Adolescente: As portarias expedidas pela autoridade judiciária com base no art. 149 do ECA e os novos paradigmas que regem o Direito da Criança e do Adolescente*, de Rosa Carneiro, 2007

Também fazem parte dos *Temas*, artigos publicados nos *Observatórios Jurídico, Filosófico e Literário*, que são as mais novas seções criadas pela atual direção da Revista.

Esperamos que os *Temas* se tornem mais uma fonte de pesquisa doutrinária, principalmente na área jurídica, e que incentivem nossos leitores a submeterem novos artigos para o enriquecimento de nosso periódico.

Emerson Garcia

Diretor da Revista

Adolfo Borges Filho

Vice-Diretor da Revista

Revista do Ministério Público (1967-2024)



A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro é uma publicação científica, voltada à difusão do conhecimento jurídico. Foi instituída por meio do Decreto “E” nº 1.174, de 02 de agosto de 1966, do então Governador do Estado da Guanabara, Francisco Negrão Lima. À época, a Procuradoria-Geral de Justiça do então Ministério Público do Estado da Guanabara era chefiada por Arnaldo Wald. Na primeira fase da Revista, que abrange o período de 1967 a 1974, sucederam-se em sua direção Paulo Dourado de Gusmão, Clóvis Paulo da Rocha e Simão Isaac Benjó.

No primeiro número publicado, um editorial inaugural apresentava o objetivo do periódico: acolher “trabalhos sobre todos os temas jurídicos”, a fim de “servir de fonte de consulta aos membros do Ministério Público, cuja ação, em nossa época, se faz sentir em todos os campos do Direito”, uma vez que a Instituição é “chamada a se pronunciar sobre questões de direito público e de direito privado”. Por esse motivo, optou-se pelo designativo “Revista de Direito”. Sua edição seria relevante “não só aos membros do Ministério Público, como, também, aos do Poder Judiciário e aos advogados”. Para cumprir essas metas, o Decreto “E” nº 1.174, que dispôs sobre o início do funcionamento da Revista, especificou que a publicação seria limitada a, no máximo, quatro edições ao ano. Foi prevista, ainda, a circulação “em todo território nacional, com distribuição gratuita aos tribunais, estabelecimentos de ensino superior, bibliotecas públicas e, especialmente, aos órgãos do Estado da Guanabara”.

Em sua primeira configuração editorial, que foi reproduzida de forma muito similar durante toda a história do periódico, apresentavam-se as seguintes seções: (1) *Doutrina*, que trazia artigos sobre temas relevantes da ciência jurídica; (2) *Pareceres*, com importantes manifestações processuais dos membros da Instituição; (3) *Jurisprudência Cível e Jurisprudência Criminal*, com a reprodução de relevantes acórdãos exarados pelos principais tribunais do país, em matéria cível e criminal; (4) *Notas*, em que se veiculavam atos normativos,

além de discursos e questões de provas de concurso para acesso à carreira do Ministério Público; (5) *Bibliografia*, com a compilação de publicações sobre determinados temas jurídicos; (6) *Revista em revista*, que apresentava os sumários de notórios periódicos da área jurídica, nacionais e internacionais; e (7) *Legislação*, com a reprodução dos principais atos normativos editados no período abrangido pela publicação. Ao final, dispunham-se os índices de autores e de assuntos.

Apesar de o formato estabelecido no primeiro número ter norteado a estruturação dos subsequentes, foi natural que alterações fossem promovidas com o passar dos anos. Em 1969, na Revista de nº 7, foi inserida a seção *Atualidades*, na qual se apresentavam textos versando sobre assuntos contemporâneos, como comentários sobre novas leis, notícias jornalísticas e fatos da realidade, além de discursos de posse e, até, crônicas e memórias de membros aposentados. Essa seção, na Revista nº 10, de 1970, ganharia o nome de *Estudos e Atualidades*, a fim de abranger mais o aspecto científico que o meramente informativo.

O primeiro Diretor, Paulo Dourado Gusmão, possuía ampla capacidade de conciliar a atividade intelectual com o desempenho das funções institucionais. Sob sua gestão, foram publicadas, quadrimestralmente, 14 revistas, entre os anos de 1967 e 1971, tendo sido exonerado, a pedido, em maio de 1972. Três anos depois, Dourado Gusmão seria nomeado Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde encerraria sua carreira jurídica.

Com a saída de Dourado Gusmão, o próprio Procurador-Geral de Justiça, Clóvis Paulo da Rocha, assumiu a coordenação dos trabalhos editoriais. De maio a dezembro de 1972, Paulo da Rocha publicaria dois números da Revista, 15 e 16, tendo a tiragem do periódico sido elevada, em sua gestão, a 5 mil exemplares.

A primeira edição sob a chefia do Procurador-Geral contaria com uma mensagem do Governador do Estado da Guanabara, Chagas Freitas, em virtude da comemoração, naquele ano, dos 150 anos da independência do Brasil. Também foi acompanhada de separata (organizada por Paulo Dourado Gusmão), com o índice geral do conteúdo dos 14 periódicos anteriores, editados desde a fundação da Revista. Na última publicação daquele ano, a de nº 16, a Revista reproduziu, em sua página de abertura, o discurso proferido pelo Presidente da República, o General Médici, por ocasião do IV Congresso

Interamericano do Ministério Público, realizado na Cidade de Brasília, de 22 a 25 de maio de 1972. O General Médici abriu os trabalhos do Congresso, sem deixar de destacar o encargo do Ministério Público “de zelar pela ordem e pelo cumprimento da lei”.

Na mesma publicação de nº 16, foi introduzida uma inovação editorial. Em decorrência da inspiradora publicação de um relato acerca da vida e da obra do jurista Pontes de Miranda na Revista de nº 15, foi criada a seção *Biografias*. Nesta, apresentavam-se a vida e a obra de grandes nomes do pensamento jurídico, brasileiro e internacional. Abrindo a série, Simão Isaac Benjó discorreu sobre Roberto Lyra, cuja inestimável importância para a sociedade lhe valera a alcunha de Príncipe dos Promotores.

Ao deixar a Procuradoria-Geral em dezembro de 1972, Clóvis Paulo desvincilhou-se, também, de suas atribuições no comando da Revista. Posteriormente, assim como Dourado Gusmão, Clóvis Paulo da Rocha foi nomeado Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Anos depois, a biblioteca institucional do Ministério Público seria batizada com seu nome.

No ano de 1973, o Promotor de Justiça Simão Isaac Benjó ascendeu à coordenação da Revista. Natural de Parintins, no centro da Amazônia, o prestigiado professor de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá destacar-se-ia como primoroso examinador da mesma matéria no primeiro concurso, após a fusão, para ingresso na carreira do Ministério Público do Rio de Janeiro.

De 1973 a 1974, Simão Isaac Benjó editou, semestralmente, os últimos 4 números da Primeira Fase da Revista (17, 18, 19 e 20). Nas duas primeiras publicações, foi mantido o mesmo formato editorial, instituindo, na terceira, uma pequena modificação. Na Revista nº 19, a seção *Estudos e Atualidades* foi dividida em duas. Os estudos publicados sobre acontecimentos jurídicos contemporâneos foram ganhando tamanha importância que se fez necessário separá-los das notícias relativas aos eventos institucionais.

Após a unificação do Estado da Guanabara com o Estado do Rio de Janeiro, a Revista passou a integrar o *Parquet* do novo Estado, inaugurando-se sua Segunda Fase. A edição inaugural contou com um artigo do primeiro Procurador-Geral de Justiça do novo Estado, Raphael Cirigliano. Nesse

estudo, foram comentados aspectos do Decreto-Lei nº 11, de 15 março de 1975, que determinou a unificação das duas unidades federativas.

Durante a Segunda Fase da Revista, que se estendeu de 1975 a 1995, foram publicados, semestralmente, 32 periódicos. Nesses 16 anos, diversos membros da instituição ocuparam a direção do órgão. Foram eles, em sequência cronológica: Simão Isaac Benjó, Sérgio Demoro Hamilton (por duas vezes), Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Valneide Serrão Vieira, Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea e Fernando Fernandy Fernandes.

A nova fase da publicação teve um aspecto de continuidade. O último diretor da Primeira Fase, Simão Isaac Benjó, voltou à coordenação do órgão durante a publicação de seus primeiros seis números. Nestes, o formato editorial consagrado durante todo o período anterior foi mantido.

Benjó continuaria à frente do periódico de março de 1975 a abril de 1978. Após a publicação de 10 edições, ele deixaria o cargo para ser substituído, no mesmo ano, por outro notório professor, Sérgio Demoro Hamilton, que também desempenhou importante função nas bancas dos concursos de acesso à carreira.

Na Revista nº 7, a primeira publicada sob a coordenação de Demoro, foi incluída a *Lista de Antiguidade dos Membros do Ministério Público* e a *Lista de Antiguidade dos Membros da Assistência Judiciária* (nome dado à Defensoria Pública, quando esta ainda se encontrava subordinada à Procuradoria-Geral). Em 1981, a última deixou de ser publicada, isso em virtude da definitiva desvinculação da Defensoria Pública da estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça. Do nº 14 em diante, passou a ser publicada somente a lista do *Parquet*.

Sérgio Demoro permaneceria no cargo de abril de 1978 a novembro de 1982. Após dois meses de afastamento, em janeiro de 1983, ele reassumiria a Direção, ali permanecendo por apenas mais dois meses. Durante esse período, como Diretor, publicou 9 revistas.

No interregno entre as gestões de Sérgio Demoro, ocupou a chefia do periódico o Promotor de Justiça Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Suas gestões foram divididas em dois períodos de dois meses cada, o primeiro de novembro a dezembro de 1982 e o segundo de março a abril de 1983.

Com a saída de Sérgio Demoro no ano de 1983, Valneide Serrão Vieira foi nomeado Diretor da publicação. Era reconhecido, na Instituição, por ter

presidido, entre 1978 e 1980, a Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Em sua também curta gestão, de abril de 1983 a setembro de 1984, foram publicados 3 números, do 17 ao 19.

Em 1984, Serrão Vieira foi substituído por Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, que também desempenhou importante papel nas bancas examinadoras do concurso para ingresso na Instituição. Foi responsável pela publicação de 13 números da Revista, entre outubro de 1984 e janeiro de 1993. Durante sua gestão, a partir do ano de 1988, a *Lista de Antiguidade* parou de ser publicada.

No decorrer dos anos de 1993 e de 1994, a direção do periódico foi exercida por Fernando Fernandy Fernandes, que, no período, acumulou o cargo de Diretor da Revista com o de Secretário-Geral do Ministério Público. Em sua gestão, não foram publicadas novas edições. Alguns anos depois, ele seria nomeado Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Em 1995, iniciar-se-ia a Terceira Fase da Revista, sob a coordenação de Sérgio Demoro Hamilton, que assumiu a chefia do órgão pela terceira vez. Inaugurava-se um momento áureo na história da publicação. Na Resolução nº 698, de 24 de abril de 1996, o Procurador-Geral de Justiça Hamilton Carvalhido ressaltou a “necessidade da existência de um órgão cultural do Ministério Público, sob a forma de publicação periódica”, o qual realizaria a importante função de “divulgação dos trabalhos de doutrina, pareceres e razões dos membros do Ministério Público”. Destacou, ainda, a “conveniência da publicação de estudos doutrinários emanados de juristas de notório saber jurídico, ainda que estranhos ao *Parquet*, mas que se disponham a prestar sua colaboração, sem qualquer ônus para a Instituição”. Por fim, observou que a publicação do periódico institucional manteria “vivo e atualizado o pensamento jurídico dos membros da Instituição”.

Após reiterar a importância de manter-se “uma publicação de alto nível cultural, onde, em suas páginas, desfilaram nomes da maior expressão do mundo jurídico”, Carvalhido explicou, também, a razão da mudança de nome. De Revista de Direito a publicação passou a ser chamada de Revista do Ministério Público, o que a imbuíu de acentuado cunho institucional.

As primeiras revistas dessa Terceira Fase, seguindo a fórmula já consagrada nas anteriores, com pequenas alterações, foram editadas com periodicidade semestral e tiveram o conteúdo dividido nas seguintes seções:

Doutrina, Pareceres e Razões, Jurisprudência, Noticiário, Lista de Antiquidade dos Membros do Ministério Público e Índices de Autores e de Assuntos. Quando alcançou o sexto número, Sérgio Demoro restabeleceu a seção *Biografias*, que não vinha sendo publicada desde a Revista no18, da Segunda Fase, e inovou, criando a seção *Perfil*, em cuja inauguração foi publicado artigo sobre o centenário do notório Procurador-Geral André de Faria Pereira. A primeira dessas seções destinava-se a apresentar nomes importantes do pensamento jurídico-filosófico em toda a história do Direito ocidental. A segunda direcionava sua atenção à vida e à obra de membros da instituição.

No terceiro número da revista, de 1996, iniciou-se a publicação, na seção *Jurisprudência*, dividida em cível e criminal, das mais relevantes decisões do Superior Tribunal de Justiça. No periódico número 5, do ano seguinte, foram apresentadas, também, as decisões do Supremo Tribunal Federal. Embora já fossem publicadas jurisprudências selecionadas, a partir de 1997, passaram a ser reproduzidas apenas as decisões dos dois mais importantes Tribunais do país. Na revista de no 7, seria feita mais uma inovação, com a criação da seção *Memória do Ministério Público*, a qual se destinaria à publicação de fotos e de documentos de eventos históricos da Instituição.

No ano seguinte, por meio da Portaria nº 1, de 26 de outubro, a Revista do Superior Tribunal de Justiça deferiria o pedido da Revista do Ministério Público para ser registrada como seu repositório autorizado de jurisprudência. Em 16 de abril de 1999, foi publicada, no Diário Oficial, a inscrição da Revista também como repositório autorizado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A partir da edição de nº 9, do mesmo ano, publicou-se, também, uma subseção de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a qual, após a Revista de nº 11, passou a ser eventual. Posteriormente, a mesma subseção esteve presente nas publicações de nº 13, 16, 17, 20, 22, 23 e 24.

Nas revistas seguintes, mais especificamente nos nºs 10, de 1999, e 12, de 2000, as inovações continuaram. Na primeira, foi criada a seção *Jurisprudência Comentada* e, na segunda, a seção *Relíquias do Júri*, na qual seriam apresentados relatos sobre a atuação de membros do Ministério Público do Rio de Janeiro no Tribunal do Júri. A publicação de nº 12 contou, também, com a edição das primeiras dez Revistas em CD-ROM.

Quando foi editado o periódico de nº 16, em 2002, além da *Lista de Antiquidade dos Membros*, foram igualmente apresentadas a *Lista dos Membros*

Inativos e a relação de integrantes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro egressos do Ministério Público Fluminense. Deste momento em diante, a Revista manteria a mesma estrutura editorial, com todas as referidas inovações, até o nº 46.

Em 2003, o Procurador-Geral de Justiça, Antônio Vicente da Costa Júnior, por meio da Resolução nº 1120, de 17 de janeiro, disciplinou a estrutura orgânica da Procuradoria-Geral de Justiça e atribuiu, no artigo 5º, a competência de formular políticas e projetos de natureza institucional, administrativa e cultural à Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento. Segundo a Resolução, entre os órgãos dessa Subprocuradoria, a Revista ficava incumbida da “divulgação de trabalhos de doutrina, estudos e pareceres de membros do Ministério Público e juristas de notório saber, com o objetivo de manter vivo e atualizado o pensamento jurídico dos integrantes da Instituição”. A Resolução nº 1120 consolidou a função institucional do órgão, uma vez que confirmou a disposição da Resolução nº 698, de 1996, acerca da identidade do periódico. Em 2005, o Procurador-Geral de Justiça Marfan Martins Vieira reproduziu a fórmula da Resolução anterior na Resolução nº 1280, de 17 de janeiro de 2005. Com a Resolução nº 1796, de 17 de janeiro de 2013, a Revista do Ministério Público passou a ser subordinada diretamente ao Procurador-Geral de Justiça.

A terceira gestão de Sérgio Demoro encerrou-se em novembro 2007, totalizando doze anos e 25 números publicados. Após ele, seguindo a tradição de diretores com renomada prática no magistério e ampla produção de conhecimento jurídico, foi nomeado, em novembro de 2007, o Procurador de Justiça José Maria Leoni Lopes de Oliveira. Publicou 5 números, permanecendo no cargo até janeiro de 2009, quando Sérgio Demoro retornou à Diretoria da publicação, que, desde janeiro de 2008, passara a ser trimestral, requisito para que mantivesse o *status* de repositório autorizado do Superior Tribunal de Justiça.

Sérgio Demoro encerraria, em 2013, sua longa gestão à frente do periódico, passando ao cargo de Diretor Honorário, pequena homenagem à sua imensa contribuição para a evolução da cultura institucional. Na Terceira Fase da Revista, ele publicara 41 números, sendo responsável pela estruturação e consolidação da Revista do Ministério Público como referência para o pensamento jurídico institucional.

Para dar continuidade aos trabalhos editoriais, foi escolhido como Diretor da Revista Emerson Garcia, Promotor de Justiça, professor, escritor e tradutor, com vasta experiência editorial, nacional e internacional e diversas participações em bancas examinadoras de concursos públicos. Emerson assumiu a direção do periódico em janeiro de 2013, quando publicou a Revista nº 47 da Terceira Fase, na qual a seção *Noticiário* foi reduzida para, apenas, dois informes: um acerca da recente posse do novo Procurador-Geral de Justiça, Marfan Martins Vieira; outro relativo à posse dos novos integrantes do Conselho Superior. A partir desse momento, esta seção passou a publicar somente informações de extremo valor histórico-institucional, o que decorreu da constatação de que outros assuntos, destituídos de importância cultural, poderiam ser facilmente localizados no sistema informatizado da Instituição.

A Revista, também em 2013, passou a contar com um Vice-Diretor, o Promotor de Justiça Robson Renauld Godinho, emérito processualista, também com intensa participação nas bancas examinadoras dos concursos de acesso à carreira.

A nova direção da Revista priorizou o aspecto científico, buscando ampliar sua visibilidade com a publicação de textos de autores com elevada projeção acadêmica. O objetivo almejado é a realização de um desejo antigo, presente nas resoluções e mensagens dos Procuradores-Gerais acerca do periódico: expandir o alcance da Revista para além do âmbito institucional. Torná-la uma referência no mundo acadêmico. Nesse sentido, o projeto editorial atual visa à elevação da categoria científica da publicação e à mais ampla distribuição das edições, de modo a alcançar o maior número possível de instituições de ensino superior. Outro aspecto digno de nota foi a disponibilização de 500 assinaturas da Revista aos servidores da Instituição, também fruto do projeto de democratização do conhecimento, além da ampliação da distribuição às bibliotecas, de modo a facilitar a consulta ao seu rico acervo.

Entre as modificações realizadas, a seção *Doutrina* ganhou maior destaque; foi criada a seção *Peças Processuais*, dividida em *Ações*, *Pareceres*, *Consulta* e *Promoção Ministerial*. Na Revista de número 47, foi apresentada a seção *Resenha*. Na de número 48, foi instituída a seção *Observatório Jurídico*, na qual são apresentados pequenos textos de juristas renomados acerca da realidade nacional e internacional, seguindo-se o *Observatório Filosófico* no número 75 e o *Observatório Literário* no número 89, este último fruto de parceria com a

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, no qual são estabelecidos diálogos entre direito e literatura. A tradicional seção *Jurisprudência* continua apresentando acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. A publicação ainda passou a contar com um índice alfabético-remissivo a partir da Revista nº 50. A partir do nº 55, correspondente ao primeiro trimestre de 2015, a Revista passou pela mais ampla reformulação editorial desde a sua criação, sendo alterada a apresentação da capa, o tipo e a gramatura do papel utilizado, bem como a fonte empregada, sempre com o objetivo de modernizá-la e tornar a leitura mais agradável. No plano do conteúdo, passou a contar com a seção de *Jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos*, isso com o objetivo de estimular uma visão sinérgica do direito interno e do direito internacional em matéria de direitos humanos. A partir do nº 75 foi instituído o seu Conselho Editorial.

Importantes avanços foram alcançados em 2019 com a indexação, ao *google acadêmico*, importante ferramenta de pesquisa, de cada artigo jurídico publicado na Revista desde a sua Primeira Fase, ainda no Estado da Guanabara, o que aumentou sobremaneira a sua visibilidade. Para que isto fosse possível, foi necessário elaborar a ficha catalográfica de todos os artigos publicados em mais de cinco décadas, conforme os padrões de indexação adotados pela ferramenta.

Ainda merece menção o árduo trabalho de digitalização de todo o acervo da Revista, que se iniciou em setembro de 2020, com a contratação de empresa especializada, e somente foi concluído em outubro de 2022, com a sua disponibilização ao público em geral, devidamente acompanhado de uma ferramenta de busca.

A Revista também passou a publicar obras de indiscutível relevância para a comunidade jurídica. Em 2017, foi publicada a primeira edição da *Legislação do Ministério Público do Estado do Rio Janeiro*; em 2020, a obra em homenagem ao nosso Diretor Honorário, Sérgio Demoro Hamilton, que reúne quarenta e dois artigos de sua autoria e textos de juristas convidados, que analisam sua vida e obra; e, em 2021, a primeira edição da obra *Corte Interamericana de Direitos Humanos. Casos da República Federativa do Brasil*.

Em janeiro de 2023, após uma década, o Promotor de Justiça Robson Renault Godinho foi sucedido, no cargo de Vice-Diretor, pelo Procurador de

Justiça Adolfo Borges Filho, professor emérito, examinador de concursos e colaborador assíduo do *Observatório Filosófico*.

Durante a Terceira Fase da Revista até o segundo semestre de 2024, foram publicadas 92 Revistas do Ministério Público. Totalizando as três fases, editaram-se 144 periódicos.

No segundo semestre de 2024, é disponibilizada ao público em geral a coleção *Temas*, que aglutina todos os artigos publicados pela Revista de Direito em seus quase sessenta anos de existência. Para enaltecer o cunho histórico da publicação, mantivemos a impressão original de cada texto, que é oferecido ao leitor tal qual fora publicado originalmente.

Essa é a história inacabada da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.



Revista do Ministério Público

Diretores (1967-2024)



Primeira Fase

(1967-1975)

20 Periódicos

Paulo Dourado Gusmão (1967 - 1972)

Volumes 01 a 14

Clóvis Paulo da Rocha (1972)

Volumes 15 e 16

Simão Isaac Benjó (1973-1975)

Volumes 17 a 20

Segunda Fase

(1975-1995)

32 Periódicos

Simão Isaac Benjó (1975-1978)

Volumes 1 a 6

Sergio Demoro Hamilton (1978-1982)

Volumes 7 a 15

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (1982)

Volume 16

Sergio Demoro Hamilton (1983)

Valneide Serrão Vieira (1983-1984)

Volumes 17 a 19

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea (1984-1993)

Volumes 20 a 32

Fernando Fernandy Fernandes (1993-1995)

Terceira Fase

(1995-2024)

92 Periódicos

Sergio Demoro Hamilton (1995-2007)

Volumes 1 a 25

José Maria Leoni Lopes de Oliveira (2007-2009)

Volumes 26 a 30

Sergio Demoro Hamilton (2009-2013)

Volumes 31 a 46

Emerson Garcia (2013-)

Volumes 47 a 92

Sumário



Microsistema de probidade administrativa – Lei de Improbidade Administrativa

Luciana de Jorge Gouvêa 31

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

Fredie Didier Jr.

Hermes Zaneti Jr. 77

Improbidade administrativa, processo coletivo e a Lei nº 14.230/2021: consensos e dissensos numa coautoria

Cristiane de Sousa Campos da Paz 91

Dolo específico na improbidade administrativa: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova

Microsistema de probidade administrativa – Lei de Improbidade Administrativa – Acordo de não-persecução cível

Renato de Lima Castro 119

Acordo de não persecução cível na lei de improbidade administrativa

Fabício Rocha Bastos 147

O Direito Sancionador e a Consensualidade por meio do Acordo de Não Persecução Cível

Emerson Garcia 167

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

Luiz Manoel Gomes Júnior

Diogo de Araújo Lima 205

Aspectos gerais e controvertidos do acordo de não persecução cível

Fabrcio Rocha Bastos 229

Acordo de Não Persecução Cível – questões procedimentais e processuais

Adriana da Silva Clericuzi 245

Microsistema de tutela coletiva: análise dos meios de consensualidade e da possibilidade de acordo na esfera da improbidade administrativa, com o advento da Lei nº 13.964/19

Emerson Garcia 277

Acordo de não persecução cível: a negativa de celebração é suscetível de revisão?

Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis 297

A “crise da justiça” para a responsabilização por atos de improbidade administrativa e o Acordo de Não Persecução Cível como instrumento alternativo de tutela do patrimônio público pelo Ministério Público

Microsistema de probidade administrativa – Lei Anticorrupção

Petrus C. Van Duyne 325

As nomeações de “Calígula” e a formação de sua corte

Eduardo Cambi 329

Papel do Ministério Público na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)

Paulo Wunder de Alencar 359

A lei anticorrupção é “só para inglês ver”? - Uma breve análise comparativa entre os sistemas brasileiro e norteamericano de combate à corrupção

Emerson Garcia 373

O papel do *compliance* no delineamento da cultura corporativa

Cláudia Turner Pereira Duarte

Matheus de Alencar 385

Trajectoria de compliance no Brasil e sua importância para o Ministério Público brasileiro

Direito Urbanístico

Hely Lopes Meirelles 413

A Nova Lei de Loteamento

José dos Santos Carvalho Filho 417

O direito de preempção do Município como instrumento de política urbana

Gláucia Rodrigues Torres de Oliveira Mello 431

Plano Diretor Municipal: elaboração e alteração do instrumento básico da política urbana

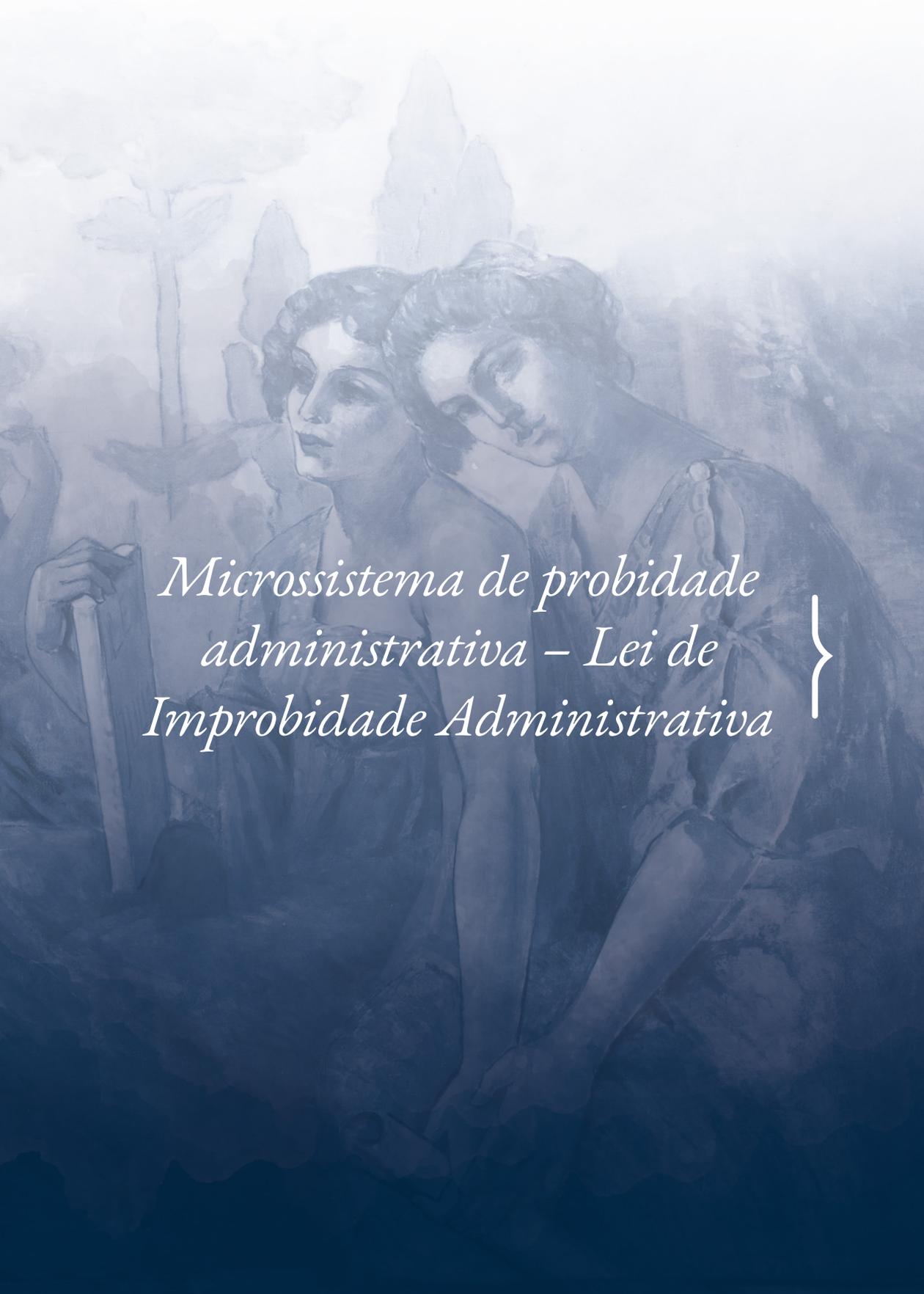
Fabiana de Alcântara Pacheco Coelho 455

Direito à Cidade e Mobilidade Urbana: reinventando o modal bicicleta

Direito Previdenciário

Leopoldo Braga	507
Instituições de Previdência Social	
Hugo Nigro Mazzilli	523
Tropeços da reforma	
Daisy Palmieri da Costa	525
Benefícios previdenciários cobrados em Juízo e correção monetária	
Benedito Calheiros Bomfim	541
A asfixia da Previdência	
Emerson Garcia	545
Aposentadoria voluntária do servidor público: efeitos do rompimento do vínculo e a sanção de cassação de aposentadoria	
Luis Alberto Thompson Flores Lenz	553
A cassação da aposentadoria do servidor público	





*Microsistema de probidade
administrativa – Lei de
Improbidade Administrativa*



DIREITO
ROMANO

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

Luciana de Jorge Gouvêa*

Sumário

1. Introdução. 2. O Estado brasileiro após a Constituição de 1988 e os direitos sociais. 2.1. Políticas públicas e orçamento. 2.2. As peças orçamentárias. 2.3. A localização das políticas públicas na lei orçamentária. 2.4. A escassez orçamentária e a escolha na alocação dos recursos. 3. O controle da administração pública. 3.1. Controle interno do Poder Executivo. 3.2. Controle parlamentar e Tribunais de Contas. 3.3. Controle social. 3.4. Controle judicial e o Ministério Público. 3.4.1. Controle Judicial. 3.4.2. A atuação do Ministério Público. 4. A Lei de Improbidade Administrativa. 4.1. Análise comparativa – A Lei de Improbidade antes e depois da Lei nº 14.230/21. 4.2. Análise dos tipos previstos na Lei de Improbidade relacionados ao descumprimento das políticas previstas nas leis orçamentárias. 4.2.1. Ordenar ou permitir despesas não autorizadas em lei ou regulamento. 4.2.2. Liberar verba pública sem observância das normas ou influir para aplicação irregular. 4.3. Possibilidade de conversão em ação civil pública e de entabulação de acordo de não persecução cível. 5. Conclusão. Referências.

Resumo

Este artigo aborda a possibilidade de utilização da Lei de Improbidade Administrativa como meio de repressão pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento. Apesar de haver dispositivo legal expresso tipificando as condutas violadoras, a recente edição da Lei nº 14.230/2021 exigiu um aprofundamento do estudo do tema, a fim de averiguar se a lei ainda pode ser aplicada. A visão tradicional das peças orçamentárias como leis formais e não materiais e a mudança de paradigma proposta mais modernamente também são abordadas para construção do posicionamento esposado no artigo. A pesquisa realizada para elaboração do trabalho teve objetivos descritivos e exploratórios e se utilizou de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e documental. Ao final do trabalho concluiu-se pela possibilidade da utilização da Lei de Improbidade, mesmo após as alterações.

* Pós-graduanda em Políticas Públicas e Tutela Coletiva pelo Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (IERBB/MPRJ). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Abstract

This article conveys the possibility of the use of the law 8.429/92 as a way to avoid and punish eventual breach of essential public policies inserted in the public budget. Although there is a specific article in the law prohibiting the misconduct, the recent law 14.230/2021 demanded further studies on the subject, in order to check if it can still be used. The traditional view of public budgets as non-mandatory and the modern change in this view will be explored as well. The research made has exploratory and descriptive objectives and used bibliographic, jurisprudential and documentary researches. At the end it was concluded that it is indeed possible to use the law 8.429/92 in order to punish conducts that conflict with the public budget approved.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Controle da administração pública. Políticas públicas. Orçamento público.

Keywords: *Misconduct in public office. Control of the executive. Public policies. Public budget.*

1. Introdução

Não são poucas as vezes em que os gestores públicos argumentam que não se pode executar políticas públicas importantes, ou mesmo essenciais, em razão da falta de recursos financeiros.

Apesar de ser frequentemente invocado o argumento da escassez orçamentária, frequentemente se verifica que o mesmo governo que alega essa falta de recursos, realoca dotações orçamentárias para a execução de projetos/atividades não relacionados a políticas públicas essenciais. Isso é particularmente visível em anos eleitorais.

Considerando a relevância dos direitos coletivos defendidos pelo Ministério Público – MP e visando dar efetividade à atuação de Promotores de Justiça que tem atribuição para a investigação de atos de improbidade administrativa, realizou-se esta pesquisa que teve como objetivo averiguar a possibilidade de utilização da Lei de Improbidade Administrativa como meio de coerção e eventual punição de agentes públicos que violem direitos fundamentais e causem danos ao erário ao descumprirem as leis orçamentárias.

Além da dificuldade natural decorrente da pouca familiaridade dos juristas com o Direito Orçamentário, tornaram mais árdua a pesquisa a recente modificação da Lei nº 8.429/92 pela Lei nº 14.230/21 e a pouca literatura existente sobre esse tema específico.

Assim, a pesquisa, além de descritiva, será exploratória especialmente em razão de não haver muita bibliografia correlacionada à nova lei e aos tipos específicos que serão analisados. Foi feita uma ampla pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

A hipótese central do trabalho é de ser possível a imputação da prática de ato de improbidade administrativa a um determinado gestor que descumpra a lei orçamentária e viole direitos sociais garantidos pela Constituição e pelas leis. As condições para essa responsabilização serão mais detidamente analisadas no corpo do trabalho.

Para validar a hipótese, no segundo capítulo discorrer-se-á sobre o tratamento dos direitos sociais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, a inclusão de políticas públicas no orçamento e a possibilidade de alteração da lei orçamentária pelo Executivo. No terceiro capítulo será dado enfoque ao controle da administração pública, passando pelos atores envolvidos e os mecanismos utilizados. Já no quarto capítulo haverá análise da Lei de Improbidade Administrativa antes e depois da alteração promovida pela Lei nº 14.230/21, bem como dos tipos relacionados com o descumprimento da Lei Orçamentária. Por fim, as considerações finais em que será validada ou refutada a hipótese.

Através deste trabalho espera-se contribuir com o debate ainda incipiente sobre o tema e auxiliar os aplicadores do direito a conferir efetividade aos direitos difusos e coletivos pelo MP defendidos.

2. O Estado brasileiro após a Constituição de 1988 e os direitos sociais

A maioria dos autores que se debruça sobre a temática do Direito Constitucional concorda que a Constituição da República de 1988 – CRFB/88 inaugurou uma nova Era no que tange aos direitos fundamentais, na medida em que, a partir dela, os direitos sociais, chamados direitos de segunda geração ou dimensão, passaram a possuir eficácia imediata e direta, o que significa que podem ser exigidos pelos seus titulares. (MENDES, 2017, p. 135)

Antes dela, a Constituição de 1967/69 trazia apenas um catálogo de direitos individuais e, ainda, previa a possibilidade de restrição desses direitos em prol da segurança nacional, demonstrando seu viés antidemocrático e ilegítimo. Dentre os direitos fundamentais previstos, possuíam a característica de direitos sociais apenas os direitos dos trabalhadores e o direito à educação. (BRASIL, 1969)¹

A CRFB/88 modificou o *locus* do rol de direitos e garantias fundamentais (dentre eles os direitos sociais), passando a fazer a previsão logo no início de suas disposições, como a demonstrar a mudança de paradigma, o rompimento com a ordem constitucional repressora anterior e a intenção de dirigir/programar as atividades do Estado em prol da efetividade dos direitos.

Em países eufemisticamente denominados “em desenvolvimento”, como o nosso, a eficácia dos direitos sociais é essencial para a redução das desigualdades sociais e regionais. O Estado costuma se valer das políticas públicas para garantir a eficácia dos direitos sociais.

¹ Artigos 150, § 23, e 168 da Constituição de 1967/69.

Conforme sustenta Fábio Konder Comparato (2001 apud BREUS, 2007, p. 207), por ser impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente a todos os demandantes uma vaga em creche, uma moradia ou um tratamento médico de alta complexidade, o verdadeiro objeto dos direitos sociais é sempre uma política pública.

Assim, direitos sociais essenciais como assistência social, saúde e educação são conferidos pelo Estado aos titulares beneficiários através da inserção de políticas públicas no orçamento.

2.1. Políticas públicas e orçamento

As políticas públicas podem ser conceituadas como programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI, 2006 apud FELIPE, 2018, p. 64) Ou ainda como “um conjunto heterogêneo de medidas e decisões tomadas por todos aqueles obrigados pelo Direito a atender ou realizar um fim ou uma meta consoante com o interesse público”. (FIGUEIREDO, 2019, p. 160)

Também se pode conceituar políticas públicas como o “conjunto de iniciativas governamentais organizadas em função das necessidades socioeconômicas, que contém instrumentos, finalidades e fontes de financiamento”. (BRASIL, 2019a)²

Os fundamentos das políticas públicas estão inseridos na Constituição de 1988, definidos que foram através dos debates políticos promovidos pelos diversos atores presentes na formulação da lei fundamental. No entanto, a efetividade de cada direito social somente poderá ser garantida através da inserção da política pública correspondente no orçamento do ente público responsável.

Como as políticas públicas estão inseridas no orçamento? Como identificar os programas governamentais e a existência de recursos alocados para as atividades e os projetos necessários para determinada política? Nos próximos tópicos essas questões serão abordadas.

2.2. As peças orçamentárias

Quando se menciona o orçamento se está a referir a três peças orçamentárias: o Plano Plurianual – PPA, a Lei Orçamentária Anual – LOA e a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, que completa a tríade e a que incumbe a fixação das metas fiscais.

O Plano Plurianual é o instrumento de planejamento governamental de médio prazo que define diretrizes, objetivos e metas para viabilizar a implementação dos programas. Possui duração de quatro anos e deve ser encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro ano de mandato para vigorar até o final do primeiro exercício financeiro do mandato do chefe do executivo subsequente. (BRASIL,

² Artigo 2, V, da Lei nº 13.971/2019.

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

1988a)³ O objetivo do dispositivo constitucional mencionado é garantir que não haja solução de continuidade na implementação de políticas públicas entre os mandatos de diferentes governantes. Idealmente as políticas públicas em andamento não deveriam sofrer mudanças abruptas a cada eleição.

A LOA, por sua vez, é a lei que contempla a previsão de receitas e a fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado pelo período de um exercício financeiro. (CUNHA, 2017, p. 194)

Tradicionalmente se compreendia que as peças orçamentárias, apesar de possuírem a natureza jurídica de leis, não seriam impositivas para o Poder Executivo, que poderia alterar a destinação dos recursos conforme entendesse mais apropriado ao longo do exercício financeiro. Esse posicionamento está tão arraigado no pensamento jurídico que muitos autores, ao se referirem às leis orçamentárias, as consideram como “peças de ficção”.

Assim é a clássica lição de Laband (1979 apud FARIA, 2009, p. 143), “*La ley presupuestaria consta de dos partes muy distintas entre sí: por um lado, el Presupuesto propriamente dicho y, por outro, la ley que lo establece*”, quer dizer, a previsão de receitas e despesas não seria lei em sentido material.

Apesar disso, cada vez mais autores recusam conceder à lei a alcunha de “peça de ficção”. Por exemplo, José Maurício Conti (2016), ainda que admita a necessidade de flexibilidade orçamentária pelas próprias intercorrências havidas entre a previsão e a execução do orçamento, apregoa que os instrumentos de flexibilidade sejam limitados e seu uso moderado para que se cumpra o orçamento do modo como foi aprovado pelo Poder Legislativo, apenas com eventuais alterações necessárias.

Conti estaca, no mesmo artigo supracitado, os instrumentos mais utilizados e representativos de alteração do orçamento, sendo eles: os créditos adicionais (suplementares, especiais e extraordinários), o contingenciamento, as transposições, os remanejamentos e as transferências. O autor assim os conceitua:

Os créditos suplementares são abertos para o reforço de dotações que se mostraram insuficientes, os especiais atendem a despesas que não tinham dotação orçamentária específica, e os extraordinários são admitidos para despesas imprevisíveis e urgentes, conforme dispõe o artigo 167, § 3º, da Constituição. [...]

Com a finalidade de empregar os créditos orçamentários em montantes inferiores aos previstos, promove-se a limitação de empenho e movimentação financeira, terminologia usada pela Lei de Responsabilidade Fiscal para tratar dos contingenciamentos (ou “bloqueios”) de recursos. De acordo com a programação

³ Artigo 35, § 2º, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

orçamentária e financeira do ente, deve-se proceder à suspensão da execução do gasto, tendo em vista, por exemplo, as expectativas de diminuição da arrecadação. Trata-se, portanto, de um instrumento de ajuste da execução da despesa aos fluxos de receitas. [...]. Mas há diversos outros mecanismos de flexibilidade voltados não a gastar menos, mas a gastar mais ou de forma diversa da inicialmente prevista. É o caso, por exemplo, das transposições, remanejamentos e transferências de recursos, que realocam recursos de uma categoria da programação a outra ou de um órgão a outro, conforme previsto na Constituição Federal, no artigo 167, VI. [...]. Caso se trate de alteração de dotações em razão de mudanças na organização administrativa, há remanejamento, como quando se extingue um órgão e se deslocam seus recursos a outro (modificação no plano institucional); caso se reveja a prioridade de programas fala-se em transposição (modificação no plano programático); e caso se transfiram recursos entre distintas categorias de despesa tem-se propriamente a transferência (modificação no plano dos gastos). (CONTI, 2016, p. 5)

Assim como Conti, outros autores preconizam que não há plena liberdade ao administrador para a modificação da lei orçamentária. Nesse sentido, Élida Graziane, por exemplo, enfaticamente discorre sobre a necessidade de o gestor se vincular ao planejamento que ele mesmo elaborou:

Nada há de mais prioritário, mais estrutural do que esse conjunto de metas e estratégias que devem ter previsão orçamentária suficiente e que depois, durante a execução orçamentária, o seu descumprimento deve exigir motivação, caso elas não sejam cumpridas. A discricionariedade orçamentária precisa ser controlada, inclusive a partir do dever de motivação sobre as rotas de descumprimento e/ou de afastamento em relação ao planejado na forma da lei. (PINTO, 2018, p. 115)

Apesar de admitir certa discricionariedade ao administrador público na escolha dos programas a serem privilegiados, especialmente em casos de insuficiência de recursos, Rodrigo Faria (2009, p. 198) sustenta que essa discricionariedade não implica a atribuição de amplos poderes de seleção sem consonância com o que tinha sido objetivado pela lei.

Efetivamente, a peça orçamentária encerra (ou deveria encerrar) parte fundamental do ciclo das políticas públicas. Tendo sido feito o diagnóstico do problema social, formulado o programa capaz de lidar com ele e inserido no orçamento o recurso

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

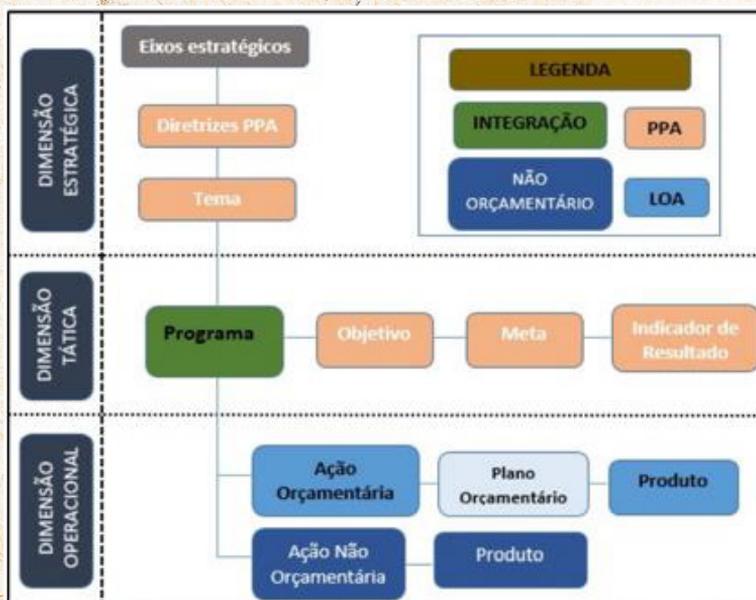
necessário para a implementação, deveria o gestor aplicar o recurso (até porque a escolha da política foi referendada pelo Poder Legislativo).

Eventual modificação do planejamento, para ser legítima, precisa estar devidamente justificada. Qualquer desvio envolve responsabilidade do chefe do Poder Executivo, nas exatas palavras de Regis de Oliveira. (2005, p. 03)

2.3. A localização das políticas públicas na lei orçamentária

De acordo com o Manual Técnico Orçamentário – MTO (2022), a estrutura programática da classificação das despesas pode ser compreendida em três dimensões: a estratégica, a tática e a operacional, como se pode verificar na figura abaixo:

Figura 1 – Classificação da despesa pública em dimensões



Fonte: Manual Técnico Orçamentário (2022).

A política pública está inserida tanto na dimensão estratégica quanto na tática e operacional, sendo que os programas estão desdobrados em ações. (FARIA, 2009, p. 180) As ações resultam em produtos que contribuem no atendimento dos objetivos dos programas, sendo classificadas em atividades e projetos (as operações especiais, apesar de também serem ações, não entregam nenhum bem ou serviço diretamente).

O Plano Plurianual traz a previsão das políticas públicas em nível estratégico. Como se pode verificar no Plano Plurianual da União de 2020-2023, há previsão no programa “Assistência Farmacêutica no SUS” de um objetivo bastante genérico, que vai ser especificado na LOA de cada ano (nível operacional):

Figura 2 – Programa de Governo do Orçamento Federal (PG 5017 – Assistência Farmacêutica no SUS)

PROGRAMA: 5017 - Assistência Farmacêutica no SUS

Diretriz: 11 - Ampliação da cobertura e da resolutividade da atenção primária à saúde, com prioridade na prevenção, e o fortalecimento da integração entre os serviços de saúde

Órgão Responsável: Ministério da Saúde

Esfera	Valor 2020 (mil R\$)	Valor 2021-2023 (mil R\$)
Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social	14.380.816	46.403.620
Despesas Correntes	14.365.292	46.403.620
Despesas de Capital	15.524	0
Recursos Não orçamentários	16.916.526	58.602.982
Gastos Tributários	16.916.526	58.602.982
Valores Globais	31.297.342	105.006.603
		136.303.945

OBJETIVO: 1239 - Promover ações que garantam e ampliem o acesso da população a medicamentos e insumos estratégicos, com qualidade, segurança, eficácia, em tempo oportuno, promovendo seu uso racional.

META: 0521 - Adquirir 100% dos medicamentos e insumos estratégicos sob responsabilidade de compra centralizada pelo Ministério da Saúde para abastecimento do SUS

Unidade de medida: percentual

Descritor de desempenho: Percentual de aquisições de medicamentos e insumos estratégicos em relação à programação

Linha de base: 100,00

Data de referência: 31/12/2018

Valor previsto ao final do PPA: 100,00

Fonte: PPA da União 2020-2023 (2021).

Já a Lei Orçamentária Anual vai trazer as ações específicas (atividades ou projetos) para atender os objetivos de cada um dos programas eleitos como prioritários em nível estratégico. Observe-se na LOA da União de 2022 como são mais específicas duas ações relacionadas ao programa 5017:

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

Figura 3 – Exemplos de ações do programa 5017:

Ação	Programa	Órgão	Valor
00FM Assistência Médica e Odontológica às Polícias Civil e Militar e ao Corpo de Bombeiros do Distrito Federal	0903 Operações Especiais: Transferências Constitucionais e as Decorrentes de Legislação Específica	73000 - Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios	414.646.194
6148 Assistência Médica Qualificada e Gratuita a Todos os Níveis da População e Desenvolvimento de Atividades Educacionais e de Pesquisa no Campo da Saúde – Rede SARAH de Hospitais de Reabilitação	5018 Atenção Especializada à Saúde	36000 - Ministério da Saúde	1.219.841.640
8585 Atenção à Saúde da População para Procedimentos em Média e Alta Complexidade	5018 Atenção Especializada à Saúde	36000 - Ministério da Saúde	57.568.579.729
4324 Atenção à Saúde de Populações Ribeirinhas e de Áreas Remotas da Região Amazônica mediante Cooperação com a Marinha do Brasil e com o Exército Brasileiro	5019 Atenção Primária à Saúde	36000 - Ministério da Saúde	20.852.645
6217 Atenção à Saúde nos Serviços Ambulatoriais e Hospitalares do Ministério da Saúde	5018 Atenção Especializada à Saúde	36000 - Ministério da Saúde	1.100.100.000
4295 Atenção aos Pacientes Portadores de Doenças Hematológicas	5017 Assistência Farmacêutica no SUS	36000 - Ministério da Saúde	1.770.000.000
8305 Atenção de Referência e Pesquisa Clínica em Patologias de Alta Complexidade da Mulher, da Criança e do Adolescente e em Doenças Infecciosas	5020 Desenvolvimento Científico, Tecnológico e Produtivo em Saúde	36000 - Ministério da Saúde	185.304.915
4370 Atendimento à População para Prevenção, Controle e Tratamento de HIV/AIDS, outras Infecções Sexualmente Transmissíveis e Hepatite Virais	5017 Assistência Farmacêutica no SUS	36000 - Ministério da Saúde	2.224.663.100

Fonte: Lei Orçamentária Federal (2022).⁴

Dentro de um dos programas eleitos como prioritários na área da saúde, serão definidas ações para que sejam atingidos os objetivos e metas. Na figura acima, extraída da LOA 2022, são definidos as ações, os programas, os órgãos e os valores que se pretendem destinar a cada ação.

As dotações previstas são limites, autorizações máximas de gastos (exceto se houver reforço das dotações). Apesar disso, não é correta a conclusão de que todo o orçamento é meramente autorizativo.

Razões de ordem prática podem inviabilizar a execução de determinada dotação, como no exemplo apresentado por Laband (1979 apud FARIA, 2009, p. 166), do falecimento de aposentado para o qual era devido o pagamento previdenciário ou quando haja circunstâncias políticas ou econômicas que recomendem cautela (e consequentemente limitações de empenho).

Qualquer que seja o motivo do descumprimento da previsão de gastos (que afinal foi definida como prioritária pelo Executivo e aprovada pelo Legislativo), deverá ser devidamente demonstrado para que seja reconhecido como legítimo. O orçamento aprovado, portanto, possui a coercibilidade das leis somente podendo ser modificado através dos instrumentos legalmente previstos (abertura de créditos adicionais, limitações de empenho, remanejamentos, transferências) e as modificações devem ser devidamente justificadas por alterações fáticas comprovadas.

O descumprimento irregular da lei orçamentária pode ensejar a responsabilização do gestor através dos mecanismos de controle da administração (conforme exposto na seção 3).

⁴ BRASIL. Lei nº 14.303, de 21 de janeiro de 2022. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2022. Brasília, DF: Presidência da República, 2022a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.303-de-21-de-janeiro-de-2022-375541502>. Acesso em: 8 nov. 2022.

2.4. A escassez orçamentária e a escolha na alocação de recursos

Trata-se de fato notório, correntemente afirmado tanto no meio acadêmico quanto em decisões judiciais, que os recursos são escassos e a efetivação dos direitos sociais fica condicionada à reserva do possível.

Conforme recordado por Thiago Lima Breus (2007, p. 230), a teoria da reserva do possível⁵ surge na década de 70, mesma época em que cunhada a teoria dos custos dos direitos,⁶ motivada pela cobrança cada vez maior dos cidadãos por prestações que efetivassem os direitos fundamentais sociais.

Surgida na Alemanha no caso paradigmático em que um cidadão pleiteava vaga em Universidade, com base no direito social ao livre exercício de profissão, a teoria da reserva do possível foi utilizada em diversos casos submetidos ao Judiciário brasileiro para negar a efetividade de direitos sociais em razão de insuficiência de recursos financeiros.

Apesar de inegável a insuficiência de recursos para atendimento a todas as necessidades garantidas pela Constituição, fato é que a alegação de falta de recursos muitas vezes esconde uma alocação indevida em detrimento de prioridades estabelecidas pela Carta Magna.

Quando o gestor define as despesas que serão realizadas no exercício financeiro seguinte, ele não apenas escolhe em que irá investir os escassos recursos públicos, mas, principalmente, escolhe em que não irá investir. Como na história popular do cobertor curto, algumas necessidades serão atendidas enquanto outras ficarão descobertas.

Diante da necessidade de escolha da alocação de recursos, autores como Canotilho, citado por Cristiano de Oliveira Taveira e Thaís Marçal, apregoam que o gestor e o legislador possuem uma autonomia que é limitada pelo núcleo essencial dos direitos sociais já realizados. Incidiria no caso o princípio da vedação do retrocesso. (TAVEIRA; MARÇAL, 2013, p. 163-164)

Nesse ponto se pode questionar, antecipando o que será analisado no tópico seguinte: a legitimidade democrática garante a insindicabilidade das decisões políticas adotadas nas peças orçamentárias? Antecipa-se que a resposta é negativa em razão da possibilidade de as decisões serem controladas em alguns aspectos.

⁵ A teoria da reserva do possível, que surgiu na Alemanha, pode ser resumida na ideia de que há limites fáticos que condicionam a implementação dos direitos. Os limites poderiam ser a inexistência de recursos ou a alocação indevida dos recursos em face das prioridades constitucionalmente eleitas. (BREUS, 2007, p. 235-236)

⁶ A teoria dos custos dos direitos surgiu nos Estados Unidos na década de 70, sendo que seus idealizadores defendiam a necessidade de se levar em conta o valor econômico que a realização de um direito social poderia causar. (BREUS, 2007, p. 231)

3. O controle da administração pública

Estabelece a constituição federal de 1988 que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente [...]”. (BRASIL, 1988b) Esse dispositivo encerra o fundamento da democracia representativa, em que o povo se faz representar por pessoas por ele escolhidas.

Como em toda representação, os representados precisam ter controle sobre o poder que delegaram. Isso se faz ainda mais importante quando há desconfiança na atuação legítima dos mandatários. Essa desconfiança, fomentada pelas crises econômicas e políticas, pela má-gestão e, sobretudo, pela corrupção, é um sentimento que emerge na sociedade a partir do século XXI e exige a remodelagem das instituições.

Pontua a autora Sabrina Iocken (2018, p. 25) que o cenário em que “representados que não se sentem representados e um povo soberano que não se sente soberano” revela a profunda crise de legitimidade democrática por que passam os governos na atualidade. A desconfiança atualmente existente não mais se satisfaria apenas com a escolha dos representantes, exigindo o resgate do sentimento de identificação com eles. (IOCKEN, 2018, p. 44)

Citando Rosanvallon, a autora menciona que a eleição dos governantes instauraria apenas uma “democracia de autorização”; numa perspectiva mais moderna, visando superar a crise de legitimidade, seria necessário instaurar uma “democracia de apropriação”. Esta estaria erguida sob os pilares da legibilidade, da responsabilidade e da responsividade. (IOCKEN, 2018, p. 50) A perspectiva da legibilidade, em síntese, implicaria não apenas a publicidade como também a acessibilidade das informações publicadas. A responsabilidade, por seu turno, implica a limitação ao poder, no que se aproxima da noção de *accountability*.⁷ Por fim, a responsividade que nada mais é que a busca por instrumentos para dar voz à opinião pública, de forma que a sociedade pudesse partilhar do poder de decisão.

Apesar da importância dos pilares da legibilidade e da responsividade, para os fins deste trabalho, será focado o pilar da responsabilidade como mecanismo de controle do Poder. Nesta seção serão enfatizados principalmente alguns dos diversos tipos de controle sobre a execução do orçamento.

Utilizando a divisão mencionada por Pedro Arruda Neto (2015, p. 21), o controle das políticas públicas no orçamento pode ser classificado em social e institucional, este dividido entre os poderes Executivo (controle interno), Legislativo (controle externo), Judiciário e Ministério Público (que serão analisados no mesmo tópico).

⁷ O termo se originou nos Estados Unidos e significa, grosso modo, ser responsável ou responsabilizável por ações e omissões. Mantém-se o anglicismo em razão da inexistência de palavra em nosso idioma que correspondesse ao significado do termo em inglês.

3.1. Controle interno do Poder Executivo

O controle interno pode ser conceituado como aquele que é executado pelas diversas unidades da estrutura organizacional de cada Poder. Essa forma de controle decorre da autotutela da legalidade dos atos praticados pelo próprio Poder que exerce o controle (no caso em análise, do Poder Executivo).

Glock (2008 apud ARRUDA NETO, 2015, p. 21) identifica os seguintes escopos do controle interno:

- controles internos: são aqueles executados pelas diversas unidades da estrutura organizacional e contrapõem-se aos controles externos;
- controles formais: são aqueles projetados para assegurar a observância à legislação e às normas disciplinares em uma organização estatal;
- controles substantivos: são aqueles desenhados para garantir eficiência e eficácia na aplicação dos recursos. Diz respeito à apreciação quantitativa e qualitativa destas aplicações;
- controles preventivos: são projetados para evitar a ocorrência de equívocos e erros, desperdícios ou irregularidades;
- controles detectivos: existem para detectar os erros, equívocos, desperdícios e irregularidades, permitindo medidas tempestivas de correção, e
- controles corretivos: existem para detectar os erros, equívocos, desperdícios e irregularidades após a sua ocorrência, permitindo ações corretivas posteriores.

A CRFB/88, em seu artigo 74, traz a previsão das finalidades do controle interno:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. (BRASIL, 1988b)

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

Conforme se pode constatar pela leitura do artigo, compete ao controle interno a avaliação do cumprimento das metas, a execução dos programas de governo e dos orçamentos. Por estar inserido na estrutura do próprio órgão avaliado, o controle interno tem uma grande vantagem e uma desvantagem: ele pode atuar mais rapidamente para evitar ou indicar a correção do dano/ilegalidade, mas também acaba por sofrer influências e pressões em sua atuação, especialmente quando seus membros não gozam de autonomia e independência.⁸

Vislumbrando essa desvantagem e visando compelir os componentes do controle interno ao bom desempenho da função de apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional, o § 1º do já citado artigo 74 da Constituição prevê que os responsáveis pelo controle interno que tenham ciência de irregularidades/ilegalidades e se furtarem em denunciá-las responderão solidariamente com os responsáveis pelos atos irregulares/ilegais.

Em âmbito federal, a Lei nº 10.180/01 organiza e disciplina o controle interno do Poder Executivo Federal e dá outras providências. No artigo 24, a lei relaciona as competências do sistema de controle interno, algumas das quais diretamente relacionadas com o controle da execução do orçamento e das políticas públicas (incisos II, III, XI). Eis a redação do artigo:

Art. 24. Compete aos órgãos e às unidades do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal:

- I - avaliar o cumprimento das metas estabelecidas no plano plurianual;
- II - fiscalizar e avaliar a execução dos programas de governo, inclusive ações descentralizadas realizadas à conta de recursos oriundos dos Orçamentos da União, quanto ao nível de execução das metas e objetivos estabelecidos e à qualidade do gerenciamento;
- III - avaliar a execução dos orçamentos da União;
- IV - exercer o controle das operações de crédito, avais, garantias, direitos e haveres da União;
- V - fornecer informações sobre a situação físico-financeira dos projetos e das atividades constantes dos orçamentos da União;
- VI - realizar auditoria sobre a gestão dos recursos públicos federais sob a responsabilidade de órgãos e entidades públicos e privados;
- VII - apurar os atos ou fatos inquinados de ilegais ou irregulares, praticados por agentes públicos ou privados, na utilização de

⁸ Em muitos Municípios os servidores do controle interno são comissionados, o que torna a atuação corretiva escassa ou mesmo nula.

recursos públicos federais e, quando for o caso, comunicar à unidade responsável pela contabilidade para as providências cabíveis;

VIII - realizar auditorias nos sistemas contábil, financeiro, orçamentário, de pessoal e demais sistemas administrativos e operacionais;

IX - avaliar o desempenho da auditoria interna das entidades da administração indireta federal;

X - elaborar a Prestação de Contas Anual do Presidente da República a ser encaminhada ao Congresso Nacional, nos termos do *art. 84, inciso XXIV, da Constituição Federal*;

XI - criar condições para o exercício do controle social sobre os programas contemplados com recursos oriundos dos orçamentos da União. (BRASIL, 2001a, grifo do autor)

O funcionamento adequado do controle interno de cada órgão garantiria o cumprimento das peças orçamentárias, evitando a ocorrência de danos ao erário e ao cidadão, mediante a violação de direitos fundamentais, além de auxiliar o Poder Legislativo, o Judiciário e o Ministério Público a exercerem o controle externo.

3.2. Controle parlamentar e Tribunais de Contas

Compete precipuamente ao Poder Executivo a elaboração do orçamento, que modernamente, além de prever receitas e fixar despesas, programa a vida econômica e financeira do Estado, bem como planeja a implementação de políticas públicas. Com tantas e tão relevantes funções, assume posição de destaque o controle de sua execução como meio de garantir o adequado funcionamento da máquina estatal.

Em termos de controle, a Carta Magna prevê a existência dos controles interno, externo e social. O controle externo é exercido principalmente pelo Parlamento, com auxílio dos Tribunais de Contas. (BRASIL, 1988b)⁹

O Parlamento possui como uma de suas atribuições o controle do processo do ciclo orçamentário podendo apresentar emendas ao projeto de lei orçamentária anual – PLOA, além de emendas aos projetos de lei de créditos adicionais e de créditos extraordinários.

Apesar de a teoria clássica restringir a amplitude do controle exercido pelo Legislativo alegando que não poderia suprimir dotações relativas a obrigações civis, aumentar ou diminuir receitas ou suprimir despesas como, por exemplo, sustenta Laband (1979 apud FARIA, 2009), atualmente se reconhece que os únicos limites são os fixados pela Constituição e os garantidores dos direitos fundamentais. (FONROUGE, 1977 apud FARIA, 2009, p. 233)

⁹ Artigo 71 e seguintes da CRFB/88.

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

Além desse controle direto, o Legislativo exerce o controle externo com o auxílio do Tribunal de Contas. Conforme mencionado por Milene Cunha, aos Tribunais de Contas compete, além da avaliação de aspectos contábeis e financeiros, também aspectos orçamentários e patrimoniais, relacionados à legalidade, legitimidade, economicidade e eficiência do gasto público, o que tem implicado significativo aumento da relevância dos pareceres prévios como instrumentos de pressão sobre os parlamentares e sobre o Executivo que se vê compelido a corrigir eventuais irregularidades constatadas. (CUNHA, 2017, p. 208)

O artigo 70 da CRFB/88 enfatiza que a fiscalização orçamentária levará em conta a legalidade, a legitimidade e a economicidade, de forma que as ações e programas inseridos no orçamento deverão ser avaliados por esses prismas.

O controle de legalidade não enseja maiores dificuldades conceituais. Trata-se da avaliação da conformidade do ato com a lei. Aqui cabe uma breve referência ao artigo 17-D da Lei de Improbidade que exclui a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade para o controle de legalidade de políticas públicas. Apesar da redação do artigo, que impede o ajuizamento de ação de improbidade para o controle de legalidade, ainda se faz possível discutir a legalidade de determinada política pública na ação de improbidade, caso haja conexão com ato de improbidade.

Além disso, a Lei de Improbidade não exclui a possibilidade de sua aplicação para os controles de legitimidade e economicidade de políticas públicas. Retornar-se-á ao ponto na seção 4.

O controle de legitimidade possui como escopo verificar se o ato praticado realiza os direitos fundamentais, correspondendo às expectativas do público destinatário da política pública. Ao realizarem essa avaliação de legitimidade os Tribunais de Contas podem intervir para a concretização de direitos fundamentais. Em razão das elevadas funções desempenhadas e para garantir a imparcialidade e a independência dos seus membros, gozam esses órgãos do mesmo regime jurídico aplicável ao Judiciário. (CUNHA, 2017, p. 211)

Por fim, a avaliação do ato quanto à economicidade implica uma análise de custo-benefício em que o ato é analisado não apenas em função da produção de efeitos como também da execução da forma menos custosa para os cofres públicos. Essa análise tem relação direta com o princípio constitucional da eficiência e uma escolha inadequada pode gerar danos ao erário.

3.3. Controle social

É inegável a importância do controle social sobre a execução das políticas públicas inseridas no orçamento, afinal, além de titular do poder soberano, é o povo o destinatário dos serviços públicos e o responsável pela eleição (ou rejeição) dos elaboradores das políticas públicas inseridas nas peças orçamentárias. Apesar disso, o controle social não costuma ser suficientemente desempenhado, tanto assim que se costuma atribuir ao Ministério Público – MP a função de fomentar uma maior

participação social. Nesse sentido, Rubin Lemos (2021, p. 60) estipula como um dos três parâmetros mínimos de atuação do MP o fomento e incentivo do controle social através de uma maior transparência de dados e de informações orçamentárias, além da efetivação de normas que determinam a participação de cidadãos em conselhos.

Importante instrumento de participação e controle social repressivo sobre a atuação do Estado em geral (e sobre a implantação de políticas públicas em particular) está previsto no artigo 5º, LXXIII, da Constituição da República. A ação popular, regulamentada pela Lei nº 4.717/65, possibilita que o cidadão possa pleitear a anulação ou declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público, assim também considerados os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. (BRASIL, 1965)¹⁰

Embora de difícil ocorrência na prática, pode-se vislumbrar o uso da ação popular para coibir o descumprimento de políticas públicas inseridas no orçamento sempre que houver dano ou risco de dano ao patrimônio público quando, por exemplo, a demora puder gerar um pagamento a maior, a cobrança de juros ou lesão aos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Outros instrumentos de participação também previstos na Constituição possuem um viés mais preventivo do que repressivo. Preventivo por se tratar de atuação que antecede a decisão política e a ela confere densidade e mais legitimidade. Dessa natureza são o chamado orçamento participativo, previsto no artigo 29, XII, da CRFB/88 e regulamentado pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), a participação na elaboração da política pública (artigos 198, III, 204, II, 205, *caput* e VI, 216-A, dentre outros na CRFB/88), a previsão de realização de audiências públicas e participação popular na elaboração do PPA, LDO e LOAs. (BRASIL, 2000)¹¹

Como já citado linhas acima, a participação popular depende muito da transparência e da acessibilidade dos dados e informações sobre o orçamento e a execução das políticas públicas. Infelizmente, as informações não costumam ser fornecidas nos “sites” das Prefeituras e Câmaras (especialmente em Municípios pequenos do interior) e, quando são divulgadas, o são de modo hermético ou em formato que impede a leitura por meio de máquinas, o que impossibilita o tratamento dos dados e a extração de conclusões.

Há muito ainda que se avançar em termos de controle social, que é visto por Élica Graziane (2018, p. 104) como o principal instrumento de pressão por mudanças sociais. No entanto, conforme afirma Rubin Lemos (2021, p. 198), a participação popular no processo orçamentário contribui para a qualidade da *accountability*, possibilita a tomada de melhores decisões pelo cidadão, além de conferir força e legitimidade para eventual escolha pública inserida no orçamento após deliberação e discussão da coletividade, sem contar que a população é fonte de informações que podem ser utilizadas pelo MP para desempenho de suas funções.

¹⁰ Artigo 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/65.

¹¹ Artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei complementar nº 101/2000).

3.4. Controle judicial e o Ministério Público

Neste tópico abordar-se-á tanto o controle judicial quanto a atuação do Ministério Público na fiscalização da correta execução do orçamento e da efetividade dos direitos difusos e coletivos, uma vez que, apesar de os órgãos poderem atuar isoladamente (o Poder Judiciário em atenção à demanda de outro legitimado, e o Ministério Público, extrajudicialmente), na maioria das vezes atuarão em conjunto, cada qual com sua função.

3.4.1. Controle Judicial

Apesar de ainda haver doutrinadores que sustentam que a separação de poderes é óbice intransponível para o controle judicial das políticas públicas, a evolução doutrinária e jurisprudencial aponta para a possibilidade de controle judicial, muito embora, para alguns autores, esse controle tenha limites.

Guilherme Sousa (2010, p. 3) atribui à passagem do Estado Liberal para o Estado Social a instituição de um maior controle dos atos da Administração Pública pelo Poder Judiciário, especialmente pela positivação de direitos sociais nas Constituições, pela necessidade de garantir a eficácia da Carta Magna e a efetivação de seus preceitos.

Os autores que, como Guilherme Sousa, defendem que o controle das políticas públicas exercido pelo Judiciário sofre limitações indicam como razões a falta de conhecimento técnico dos magistrados sobre o ciclo das políticas públicas, que exigiriam conhecimentos científicos além da dogmática jurídica, e também a suposta falta de legitimidade democrática.

Em relação à falta de conhecimento técnico, Sousa afirma que a formação da política pública exigiria a internalização de conceitos e o manejo de várias outras ciências além do Direito. Ademais, de acordo com esse mesmo autor, essa necessidade não poderia ser suprida por intermédio dos auxiliares da Justiça. (SOUSA, 2010, p. 14)

Com toda a vênia, nos moldes do artigo 5º, XXXV, da CRFB/88, nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Deste modo, caso haja demandas que envolvam conhecimentos interdisciplinares, elas terão que ser decididas, não podendo o Judiciário se abster de julgar. O julgamento de demandas que envolvem conhecimentos de outras ciências (medicina, engenharia etc.) ocorre sem que haja qualquer questionamento sobre essa possibilidade de intervenção do Judiciário: são chamados peritos para auxiliarem o juiz na tarefa.

Sobre a possibilidade de a decisão judicial envolver questões que demandem conhecimentos técnicos de outras ciências (chamada por alguns de "discricionariedade técnica"), transcreve-se a lição de Luis Manuel Fonseca Pires (2020, p. 250):

Portanto, não há sentido em se sustentar a "discricionariedade técnica". O que existem são conceitos jurídicos indeterminados que se referem a elementos técnicos e científicos de outras áreas, mas

cujos informes (por exames, perícias, avaliações etc.) possibilitam ao intérprete convencer-se sobre o que melhor se coaduna à lógica do razoável e à lógica do preferível.

O próprio princípio da inafastabilidade pode ser oposto ao argumento de que ao Judiciário faltaria legitimidade democrática: a legitimidade do Poder Judiciário decorre da Constituição e a autoridade de suas decisões é aferida em cada caso através da motivação, por meio da qual se pode aferir o caminho lógico percorrido pelo julgador para proferir determinada decisão. (BRASIL, 1988b)¹² No exato sentido da legitimidade da decisão judicial, Aury Lopes Júnior, citado por Luciano Chaves de Farias (2015, p. 88), preconiza:

[...] a legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.

Também decorre da Constituição a autorização para o controle judicial das políticas públicas em razão da função do Poder Judiciário como guardião dos direitos fundamentais. Essa autorização para a intervenção do Judiciário no planejamento e na execução das políticas públicas é vista por muitos com ressalvas. O Poder Judiciário, a pretexto de efetivar direitos fundamentais, adentraria demasiadamente na gestão pública, prejudicando o planejamento estratégico das políticas públicas.

As críticas têm fundamento. O atendimento isolado de pretensões individuais, sem que se analise a política pública como um todo pode levar ao atendimento seletivo de determinados indivíduos em detrimento da coletividade. Isso ocorreu no início da judicialização da pretensão ao fornecimento de medicamentos e tratamento médico. Farias (2015, p. 93;105) manifesta sua preocupação com a questão:

Quando a Administração Pública é compelida, pelas vias judiciais, a prestar, indiscriminadamente, atendimentos médicos e assistência farmacêutica, os cofres públicos sofrem significativos impactos, comprometendo-se todo o sistema de saúde, além do funcionamento do Estado como um todo.

[...]

¹² Artigo 93, IX, da CRFB/88.

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

A regra é muito simples: sendo os recursos públicos limitados e condicionados, para se gastar em uma ação não prevista será necessário cortar o gasto de uma ação anteriormente planejada.

No sentido do trecho colacionado acima, Rubin Lemos pontua que “a atuação do Poder Judiciário nessa seara, sem levar em conta os programas e políticas públicas em andamento, acarreta, no âmbito da programação, prejuízo para o sistema de planejamento”. (LEMONS, 2021, p. 85) Vanice do Valle oferece uma alternativa interessante ao sugerir que a ordem judicial mais adequada determinaria a inclusão de recursos em orçamento de exercícios futuros desde que ocorresse “*como etapa final do planejamento público anteriormente desenvolvido*” pela própria administração na formulação da política pública. (VALLE, 2016, p. 149, grifo do autor)

Apesar de legítima a preocupação externada pelos doutrinadores que criticam a intervenção judicial, não se pode afastar de antemão a possibilidade de o Poder Judiciário interferir no planejamento e na execução de políticas públicas, especialmente em caso de omissão ilegal na aplicação de recursos em ações e programas já previstos no orçamento.

Nesses casos nem se pode invocar a falta de legitimidade do Poder Judiciário para a escolha alocativa porque a escolha já foi feita pelos órgãos competentes, que estão omissos apenas na execução da ação planejada. Conforme bem frisado por Milene Cunha (2017, p. 199), a inércia estatal nessas hipóteses reclamaria a intervenção judicial sobre as escolhas orçamentárias realizadas no próprio orçamento. As decisões judiciais acabariam por impor o próprio cumprimento da lei orçamentária, muitas vezes desrespeitada.

Vale ressaltar que a partir de janeiro de 2023 será exigido que todos os entes públicos utilizem um importante instrumento de avaliação da execução orçamentária, o sistema único e integrado de execução orçamentária, administração financeira e controle – Siafic, que já tinha sido previsto desde 2016 no artigo 48, § 1º, III, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por meio do Siafic será possível avaliar todas as informações relacionadas à execução orçamentária (além dos instrumentos de transparência fiscal previstos na LRF – Relatório Resumido de Execução Orçamentária – RREO, Relatório de Gestão Fiscal – RGF e prestações de contas), contendo registro de todos os atos e fatos da Administração Pública, bem como dos agentes públicos responsáveis pela gestão do orçamento, assegurando maior segurança jurídica quanto ao cumprimento da lei orçamentária. Tais informações são essenciais para possibilitar o controle de legitimidade orçamentária possibilitado pelo artigo 10, IX, da Lei nº 8.429/92 (que será tratado na seção 4).

Situação diferente do controle da legitimidade de uma política pública já prevista no orçamento ocorreria caso fosse submetida ao Judiciário uma demanda em que se pretendesse a efetivação de direito social mediante a inclusão de determinada

política pública no orçamento. Nesse caso, muitos autores defendem que haveria discricionariedade do gestor em função da limitação de recursos (reserva do possível) e eventual decisão judicial estaria usurpando a função do Executivo.

Sobre esse aspecto não se nega a existência de certa discricionariedade na alocação de recursos, mas não se pode admitir que, escorado quer na discricionariedade quer na reserva do possível, o gestor descumpra sistematicamente os direitos sociais garantidos na Constituição. Caso observado esse descumprimento reiterado e sistemático seria admissível a intervenção judicial.¹³ A jurisprudência do STF também se inclina nesse sentido. (RE nº 581.352 AgR/AM)¹⁴

Além de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais garantidos pelas políticas públicas, o controle judicial também abrange a eventual punição dos agentes públicos pelo cometimento de crimes e de atos de improbidade administrativa. Os atos de improbidade administrativa que têm relação com o descumprimento de normas orçamentárias serão abordados na seção 4.

¹³ Nesse sentido, Cf. CUNHA, Milene. O controle da execução orçamentária como meio garantidor de direitos fundamentais. In: LIMA, Luiz Henrique; OLIVEIRA, Weder de; CAMARGO, João Batista (Coord.). *Contas Governamentais e Responsabilidade Fiscal: desafios para o controle externo – Estudos de Ministros e Conselheiros substitutos dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 198. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1484/1538/2595>. Acesso em: 19 out. 2022.

¹⁴ Ementa: Ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais – dever estatal de assistência materno-infantil resultante de norma constitucional – obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao poder público, inclusive aos estados-membros – configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao estado-membro – desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (rtj 183/818-819) – comportamento que transgredir a autoridade da lei fundamental da República (rtj 185/794-796) – a questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (rtj 200/191-197) – o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao estado – a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (cf, arts. 196, 197 e 227) – a questão das “escolhas trágicas” – a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juizes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – controle jurisdicional de legitimidade da omissão do estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – doutrina – precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (rtj 174/687 – rtj 175/1212-1213 – rtj 199/1219-1220) – possibilidade jurídica-processual de utilização das “astreintes” (CPC, art. 461, § 5º) como meio coercitivo indireto – existência, no caso em exame, de relevante interesse social – ação civil pública: instrumento processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade – legitimação ativa do ministério público (CF, art. 129, iii) – a função institucional do ministério público como “defensor do povo” (CF, art. 129, ii) – doutrina – precedentes – recurso de agravo improvido. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Especial n. 581.352/AM*. Ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais. Dever estatal de assistência materno-infantil resultante de norma constitucional. [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de outubro de 2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/24205269>. Acesso em: 8 nov. 2022.

3.4.2. A atuação do Ministério Público

As atribuições do Ministério Público estão previstas no artigo 129 da CRFB/88. A atuação ministerial pode se dar tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial. Para o controle da Administração Pública em matéria orçamentária importante citar as atribuições previstas nos incisos I, III, IV, VI. O inciso IX contém uma regra genérica que amplia a possibilidade de atuação do MP para outras funções, desde que compatíveis com a finalidade institucional:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. (BRASIL, 1988b)

O descumprimento das regras de Direito Financeiro e Orçamentário pode gerar a responsabilização penal dos agentes. A Lei de Responsabilidade Fiscal menciona que as infrações aos seus dispositivos poderão ensejar punição penal. (BRASIL, 2000)¹⁵ Já a Lei nº 10.028/2000, que alterou o Código Penal, tipifica as condutas praticadas contra as finanças públicas que são puníveis na seara penal.¹⁶ Também contém previsão de sanções penais a Lei nº 1.079/50 e o Decreto-Lei nº 201/67.¹⁷

A responsabilização dos agentes públicos na esfera civil é de atribuição precípua do *Parquet*, que se utiliza do inquérito civil e da ação civil pública (também da ação de improbidade administrativa) para tal desiderato. Através do inquérito civil, o Ministério Público não apenas coleta informações visando eventual ajuizamento de ação civil pública como também expede recomendações, requisita documentos, pode

¹⁵ Artigo 73 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei complementar nº 101/2000).

¹⁶ Como exemplo se podem citar os artigos 359-A, 359-B, 359-C e 359-D, todos relacionados à ordenação irregular de despesas.

¹⁷ Ambas as leis tratam de crimes de responsabilidade e preveem a punição de condutas relacionadas ao descumprimento à lei orçamentária. No caso dos crimes de responsabilidade do Presidente da República o julgamento é político.

celebrar Termos de Ajustamento de Conduta – TAC ou Acordos de Não Persecução Cível – ANPC, visando proteger os direitos difusos e coletivos ameaçados ou lesados.

O inquérito civil é um instrumento importantíssimo para a tutela dos direitos difusos e coletivos. Ele está previsto no artigo 8º e 9º da Lei nº 7.347/85 e pode ser instruído com certidões, informações, exames, perícias e documentos, a serem obtidos com o poder de requisição concedido ao MP.¹⁸ A Lei nº 14.230/21 trouxe algumas alterações nos prazos do inquérito civil para a apuração de atos de improbidade, que ainda serão objeto de muita discussão doutrinária.¹⁹

O Ministério Público também pode manejar ações ou representações de inconstitucionalidade para discutir a constitucionalidade de diplomas legislativos, inclusive aqueles referentes às leis orçamentárias.

Apesar da importância desses instrumentos e de seu regular manejo pelos membros do MP, a atuação ministerial não escapa a críticas, especialmente em razão da falta de uma atuação coordenada e contínua de monitoramento do cumprimento das leis orçamentárias na defesa dos direitos sociais. Nesse sentido, Rubin Lemos (2021, p. 74):

Ocorre, entretanto, que, apesar da visível competência do Ministério Público na exigência da prestação de contas, *accountability*, e na responsabilização dos atos de gestão de recursos públicos, há um distanciamento da instituição no exercício dessa atividade, que não é realizada de maneira coordenada e sistematizada.

O autor acredita ser necessário um incremento da atuação sistemática e coordenada do MP para prevenir e corrigir os desvios praticados nas finanças públicas, além de um fomento ainda maior da participação do cidadão no processo orçamentário.

Efetivamente, a participação dos cidadãos nos conselhos de políticas públicas, em audiências públicas ou na definição das escolhas alocativas em orçamento participativo, além de implicar cumprimento do ideal democrático, ainda possibilita que o próprio MP tenha informações sobre o cumprimento da lei e sobre a (in)adequada execução das políticas públicas, de forma que essa participação deve ser estimulada.

Apesar da ampla gama de atribuições conferidas ao Ministério Público, em razão do escopo desta pesquisa, a partir de agora será enfocada a atribuição para o ajuizamento da ação pelo cometimento de ato de improbidade administrativa.

¹⁸ No Estado do Rio de Janeiro o inquérito civil é regulamentado pela Resolução GPGJ nº 2.227/18.

¹⁹ V. artigo 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.429/92.

4. A Lei de Improbidade Administrativa

Conforme mencionado por Emerson Garcia em sua obra conjunta com Rogério Pacheco, a preocupação dos governantes com o combate à corrupção e à má-conduta dos membros do governo remonta à antiguidade, havendo menções a punições aos corruptos na Bíblia, na Grécia, em Roma, no Império Bizantino e na Idade Média. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 161-164)

No Brasil, afora as Ordenações Filipinas, que chegaram a vigorar quando da união entre os reinos de Portugal e de Espanha, os Códigos Criminais de 1830 e de 1890 tipificavam a corrupção como crime (no primeiro código com a previsão dos tipos de peita e de suborno e no segundo em seção única).²⁰

Além dos dispositivos previstos nos Códigos Criminais (e mais recentemente no Código Penal de 1940), se seguiram as Leis nºs 3.164/57 e 3.502/58.

Essa breve digressão histórica pretende demonstrar que, apesar da existência de farta legislação visando coibir a prática de atos de corrupção, foi somente com o advento da CRFB/88, regulamentada pela Lei nº 8.429/92 que foi ampliado o conceito de ato de improbidade que passou a abranger não apenas atos de corrupção propriamente ditos, mas também outros atos danosos ao patrimônio público e aos princípios da administração pública (artigos 10 e 11, da Lei de Improbidade).

O conceito amplo de probidade positivado corresponde ao conceito de integridade pública abarcado pela Convenção de Mérida, conforme enfatizado por José Roberto Oliveira e Dinorá Grotti. (2022, p. 50)

Assim, a Lei de Improbidade originalmente previa nos artigos 9º, 10 e 11 três tipologias: a) no artigo 9º os atos que importam enriquecimento ilícito com especificação de condutas em doze incisos; b) no artigo 10 os atos que causam prejuízo ao erário com vinte e uma condutas e c) no artigo 11 os atos que atentam contra os princípios da administração com doze incisos. Todos os artigos eram compostos por rol exemplificativo de condutas proibidas.

Com exceção do artigo 10, que admitia a modalidade culposa, sempre se exigia a comprovação do dolo para a punição do agente, não havendo na lei qualquer previsão de responsabilidade objetiva.

A Lei de Improbidade impunha sanções pesadas aos condenados pela prática de atos de improbidade. Vejam-se as sanções previstas na lei antes da alteração promovida pela Lei nº 14.230/21:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que

²⁰ Cf. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 161-164.

podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (BRASIL, 2021)

Além da perda dos bens e valores acrescidos indevidamente ao patrimônio, ressarcimento do dano ao erário, perda da função pública, pagamento de multa, proibição de contratar e de receber benefícios fiscais e creditícios, a lei previa a perda dos direitos políticos por um prazo de 3 a 10 anos (a depender do tipo em que incorria o agente).

Apesar da gravidade das sanções patrimoniais cominadas, muitas vezes elas não eram aplicadas pela falta de patrimônio ou pela eventual ocultação do patrimônio existente, mas a sanção de perda dos direitos políticos poderia implicar a “morte política” do ímprobo, de maneira que sempre foi bastante temida.

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

Assim, depois de quase 30 anos de vigência, a Lei nº 8.429/92 foi substancialmente alterada pela Lei nº 14.230/21,²¹ a ponto de muitos a chamarem de nova lei de improbidade administrativa ou, ainda, nova lei de impunidade administrativa.²² Todavia, as alterações foram promovidas de maneira totalmente assistemática, sem qualquer preocupação com coerência ou técnica legislativa. O professor Emerson García, a respeito dessa falta de cuidado, em palestra promovida sobre a nova lei, comparou as alterações promovidas a uma série de disparos de arma de fogo desferidos contra a lei.²³

Com efeito, como será analisado linhas abaixo nos dispositivos que se aplicam à temática deste artigo, foram feitas inúmeras modificações pontuais na lei com inserção de dispositivos contraditórios entre si, repetitivos, de difícil interpretação/aplicação e de constitucionalidade duvidosa.

A nova legislação andou na contramão da tendência mundial de recrudescimento do enfrentamento à corrupção, descumprindo em parte os compromissos firmados pelo Brasil nas Convenções Internacionais da OCDE, OEA e ONU, assim como muito bem notado por José Roberto Oliveira e Dinorá Grotti. (2022, p. 37)

No tópico seguinte será feita uma comparação entre alguns dispositivos selecionados antes e depois das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, seguida de comentários que reforçam a opinião de que a lei abrandou a repressão aos atos de improbidade.

4.1. Análise comparativa – A Lei de Improbidade antes e depois da Lei nº 14.230/21²⁴

Foram feitas alterações em mais de duzentos dispositivos da Lei nº 8.429/92, dentre alterações de redação, inclusões de parágrafos e revogações de dispositivos. Não se pretende neste tópico repassar todas as alterações (que mereceriam um estudo individualizado), mas apenas listar as mudanças mais significativas, seguidas de breves comentários:

²¹ Houve antes reformas pontuais promovidas pelas Leis nos 11.107/05, 12.846/13, 13.019/14 etc.

²² Cf. MARTINS, Tiago. Nova Lei da Impunidade Administrativa. *AJUFE*, Brasília, DF, [20--]. Disponível em: <https://www.ajufer.org.br/imprensa/artigos/15791-nova-lei-da-impunidade-administrativa>. Acesso em: 8 nov. 2022.

²³ Palestra proferida virtualmente no Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso – IERBB em 16/11/2021.

²⁴ Baseado no quadro comparativo formulado pelo Ministério Público de Santa Catarina. Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. *Quadro Comparativo* (Lei 8.429/92 x Lei 14.230/21). Florianópolis: MPSC, [202-]. Disponível em: www.mpsc.mp.br. Acesso em: 8 nov. 2022.

Quadro 1 – Definição do ato de improbidade

REDAÇÃO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
<p>Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.</p>	<p>Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta lei.</p> <p>§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.</p> <p>§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11, não bastando a voluntariedade do agente.</p> <p>§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.</p>

Fonte: Elaborado pela autora.

Por meio dessas mudanças, o legislador pretendeu acabar com a possibilidade de punição de condutas culposas, ainda que revestidas de “culpa grave” ou “erro grosseiro”. Além disso, o legislador inseriu em alguns casos o dolo específico, em que se exige prova de que o agente queira praticar o ato visando atingir o resultado ilícito. Essa modificação vai impingir ao autor da ação de improbidade um forte ônus probatório e argumentativo.

No entanto, o dispositivo não teve o condão de extirpar o “dolo genérico” das figuras típicas, não sendo possível interpretar que se vai passar a exigir a comprovação do estado psicológico dos agentes improbos. (CONTI *et al.*, 2022, p. 56)

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

Quadro 2 – Ato de improbidade que causa lesão ao erário

REDAÇÃO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:	Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: § 1º Nos casos em que a inobservância de formalidades legais ou regulamentares não implicar perda patrimonial efetiva, não ocorrerá imposição de ressarcimento, vedado o enriquecimento sem causa das entidades referidas no art. 1º desta Lei. § 2º A mera perda patrimonial decorrente da atividade econômica não acarretará improbidade administrativa, salvo se comprovado ato doloso praticado com essa finalidade.

Fonte: Elaborado pela autora.

O artigo 10 da Lei de Improbidade previa a possibilidade de imputação de ato de improbidade que causasse lesão ao erário de forma culposa. Tratava-se de previsão salutar, especialmente nos casos de culpa grave ou nos casos de descumprimento evidente de lei que regula profissão ou atividade técnica.²⁵ Assim, além de extirpar a modalidade culposa, a lei “revogou” jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que dispensava a ocorrência de perda patrimonial efetiva para configuração do ato de improbidade, o que possivelmente será objeto de questionamento judicial em função de possível inconstitucionalidade. (AREsp 1461963-SP)²⁶ Da forma em que vigora hoje, além da subsunção da conduta ao tipo, será exigida a prova do dano-ao erário (ainda que potencial).

²⁵ Opinião contrária foi esposada por Márcio Cammarosano na obra coletiva de MOTTA, Fabrício; VIANA, Ismar. *Improbidade Administrativa e Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 214. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4477>. Acesso em: 10 nov. 2022. “A propósito, é de causar espécie afirmações de não poucos no sentido de que a eliminação da improbidade na modalidade culposa, exigindo-se sempre dolo para sua configuração, implica retrocesso no combate à corrupção [...]. Aprimorar a legislação não se faz, necessariamente, aumentando a relação de tipos penais, mas também reduzindo o que se passa a considerar desarrazoado.”

²⁶ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DOS ARTS.

Quadro 3 – Ato de improbidade que afronta aos princípios da Administração

REDAÇÃO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
<p>Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:</p> <p>I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;</p> <p>II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;</p>	<p>Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa, que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:</p> <p>I – (Revogado)</p> <p>II – (Revogado)</p>

Fonte: Elaborado pela autora.

Através da modificação legislativa acima, o rol de condutas previsto nos incisos do artigo 11 se tornou taxativo, impossibilitando a punição por condutas não especificadas que também violem os princípios da Administração Pública. Além

25, II E 13 DA LEI N. 8.666/93. AUSÊNCIA DE INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. DANO *IN RE IPSA*. PREJUÍZO DECORRENTE DA REDUÇÃO DO AMBIENTE CONCORRENCIAL. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER E PROVER O RECURSO ESPECIAL. I - Trata-se, na origem, de ação de improbidade administrativa fundada na contratação, por município, de escritório de advocacia, sem licitação, para a recuperação de créditos de tributos federais. Por sentença, os pedidos foram julgados improcedentes. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a sentença. Inconformado, o Ministério Público Estadual interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal. Alega violação dos arts. 25, II, e 13 da Lei nº 8.666/93, bem como dissídio jurisprudencial. II - O recurso especial não esbarra no óbice da Súmula 7/STJ, pois o seu julgamento exige mera reavaliação jurídica das provas e dos fatos. III - É evidente que o escritório contratado pelo município não é o único talhado para a execução dos serviços de recuperação de créditos alusivos a tributos federais, existindo vários outros profissionais jurídicos capacitados para o exercício de tal mister. Naturalmente, existem outras opções igualmente credenciadas que poderiam concorrer para a obtenção do contrato público, quicá a partir de proposta mais vantajosa e menos custosa aos cofres públicos. Viabilidade da concorrência que afasta a hipótese de inexigibilidade de licitação. IV - Incorreram os recorridos na conduta tipificada no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/92, cuja caracterização se satisfaz com os elementos subjetivos dolo ou culpa. Na medida em que os recorridos, prefeita e advogados contratados, conhecem - ou deveriam conhecer - a exigência de licitação para a celebração de contratos públicos, agiram com dolo. Por outro lado, é remansoso o entendimento desta Corte no sentido de que, nos casos de dispensa/inexigibilidade de licitação, o dano ao erário é presumido. V - Agravo conhecido para conhecer e dar provimento ao recurso especial, para, reformando o acórdão recorrido, reconhecer o cometimento, pelos recorridos, da prática de ato de improbidade administrativa tipificado no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/92 e determinar a devolução dos autos ao Juízo de primeira instância a fim de que promova a aplicação das sanções previstas no art. 12, II, da Lei de Improbidade. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo em Recurso Especial n. 1461.963/SP*. Agravo em Recurso Especial. Administrativo. Improbidade Administrativa. Contratação de escritório de advocacia. [...]. Relator: Min. Francisco Falcão, 19 de setembro de 2019b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859354460>. Acesso em: 8 nov. 2022.

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

disso, ao revogar os incisos I e II, o legislador fulminou a possibilidade de punição dos agentes públicos por violação ao Princípio da Legalidade. A lassidão na punição de condutas afrontosas à lei também pode ser observada no artigo 17-D e parágrafo único, que serão mencionados linhas abaixo.

O “ataque” ao artigo 11 expressa claramente a intenção das alterações na lei: dificultar ao máximo o enquadramento de condutas censuráveis nos tipos previstos na Lei de Improbidade. A doutrina considerava que o artigo 11 era um “soldado de reserva” que devia ser sempre invocado e que protegia o bem jurídico de maneira subsidiária: ainda que determinada conduta não se enquadrasse na tipologia dos artigos 9º e 10 (enriquecimento ilícito e dano ao erário), poderia encontrar punição por violação aos princípios da Administração Pública.²⁷

Também demonstram uma intenção de engessar a petição inicial as modificações ao artigo 17, com a inserção do §10-D que exige que o autor indique de forma precisa qual dispositivo foi violado, impossibilitando a indicação de mais de um dispositivo, mesmo que a conduta possa ser enquadrada em mais de uma hipótese. Essa necessidade de indicação precisa do dispositivo violado destoa do regramento comumente incidente sobre o Direito Administrativo Sancionador e, até mesmo, sobre o Direito Penal, uma vez que, em regra, o réu se defende dos fatos narrados e não da capitulação provisoriamente conferida pelo autor.

Quadro 4 – Sanções previstas

REDAÇÃO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).	Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

²⁷ Nesse sentido, Cf. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 283-285.

REDAÇÃO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
<p>I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;</p> <p>II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;</p> <p>III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos;</p>	<p>I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos;</p> <p>II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;</p> <p>III - Na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos;</p>

Fonte: Elaborado pela autora.

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

As alterações nas sanções previstas no artigo 12 e incisos da Lei de Improbidade também demonstram que a intenção do legislador é abrandar as punições e dificultar a aplicação da lei. Em todos os incisos houve supressão do prazo mínimo das sanções. Há quem defenda que, na falta de prazo mínimo, deve ser considerado como mínimo aplicável um ano.²⁸ O problema da falta de previsão de prazo mínimo é exigir do juiz um forte ônus argumentativo cada vez que pretender aumentar em um ano na reprimenda a ser aplicada.

Além da exclusão do prazo mínimo, houve a redução da multa civil e a exclusão da possibilidade de perda da função pública e da suspensão dos direitos políticos no caso de violação aos princípios da administração. (inciso III do artigo 12)

Quadro 5 – Da indisponibilidade de bens

REDAÇÃO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.	Art. 16. Na ação por improbidade administrativa poderá ser formulado, em caráter antecedente ou incidente, pedido de indisponibilidade de bens dos réus, a fim de garantir a integral recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito. [...] § 3º O pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o <i>caput</i> deste artigo apenas será deferido mediante a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial com fundamento nos respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias.

Fonte: Elaborado pela autora.

²⁸ GARCIA, Emerson. *A Nova Lei de Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: MPMG, 2022. 1 vídeo (122 min.). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=seO-D6mBwYA&t=2454s>. Acesso em: 7 nov. 2022.

O artigo 16 regula a medida cautelar de indisponibilidade de bens. A mudança neste dispositivo implica sensível redução da proteção cautelar do erário na medida em que se alterou o regime de tutela de evidência para tutela de urgência. Exige-se agora a comprovação de perigo de dano irreparável ou risco ao resultado útil do processo.

Essa alteração legislativa sepultou a jurisprudência pacífica do STJ que pontificava que a decretação de indisponibilidade de bens em Ação Civil Pública por improbidade administrativa dispensava a demonstração do *periculum in mora*, bastando a configuração do *fumus boni juris*.²⁹

²⁹ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MEDIDA ACAUTELATÓRIA DE INDISPONIBILIDADE DE BENS DO ACIONADO POR IMPROBIDADE. PRETENSÃO DA PARTE IMPLICADA DE NULIFICAÇÃO DO JULGADO, POR AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. ESTA CORTE SUPERIOR, COM A RESSALVA DE ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR, TEM A DIRETRIZ ACERCA DO PERIGO DA DEMORA PRESUMIDO, QUE DISPENSA A COMPROVAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO DE PATRIMÔNIO PARA QUE OCORRA O BLOQUEIO PATRIMONIAL (RESP 1.366.721/BA, REL. P/ACÓRDÃO MIN. OG FERNANDES, DJE 19.9.2014). O TRIBUNAL DE ORIGEM INDICOU, DE FORMA AMÍUDE, A ALTA PLAUSIBILIDADE DO DIREITO ALEGADO, CONSISTENTE EM POSSÍVEL PRÁTICA DE CONDUTAS ÍMPROBAS. NÃO OCORREU VIOLAÇÃO NA ESPÉCIE DO ART. 7º. DA LEI 8.429/1992. AGRAVO INTERNO DOS IMPLICADOS DESPROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia em perguntar se estão presentes ou não, no caso, os requisitos materiais e processuais para o deferimento da medida de indisponibilidade de bens da parte ré na ACP por supostos atos de improbidade administrativa.

2. Sobre o tema, dispõe o art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/1992, que a indisponibilidade de bens recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

3. Em interpretação ao referido dispositivo, esta Corte Superior firmou o entendimento de que a decretação de indisponibilidade de bens em ACP por Improbidade Administrativa dispensa a demonstração de dilapidação ou a tentativa de dilapidação do patrimônio para a configuração do *periculum in mora*, o qual está implícito ao comando normativo do art. 7º, da Lei nº 8.429/1992, bastando a demonstração do *fumus boni juris* que consiste em indícios de atos ímprobos (REsp. 1.366.721/BA, Rel. p/acórdão Min. OG FERNANDES, DJe 19.9.2014).

4. Muito embora a parte insurgente alegue que o feito de origem ainda não conte com a devida fundamentação quanto aos tópicos da indicação da aparência do bom direito e da necessidade da medida de disponibilização de informações fiscais do réu, é de se assinalar que a Corte de origem atestou a ocorrência da plausibilidade do direito alegado – consistente em possível prática de atos ímprobos – para além da afirmação acerca do perigo da demora presumido, que dispensa a comprovação de atos dilapidatórios, tópico ao qual este Relator manifesta sua ressalva de entendimento.

5. No caso dos autos, para além da proclamada presunção do *periculum in mora*, nos termos do entendimento desta Corte Superior, não há dispensa para apontamento do *fumus boni juris* e, quanto a esse requisito, a Corte das Alterosas atestou a existência da alta plausibilidade do direito alegado, ao dissertar que, segundo o que foi apurado no procedimento investigativo os agravantes auferiram diárias sem que houvesse comprovação de que havia interesse do Poder Legislativo no deslocamento, haja vista que os relatórios de viagem/prestação de contas não forma instruídos com a comprovação da finalidade ou interesse público do deslocamento ou mesmo que este teria, efetivamente ocorrido (fls. 2.761).

6. Por essa razão, não houve violação alguma dos dispositivos da lei processual referentes à fundamentação das decisões judiciais quanto ao bloqueio patrimonial cautelar, uma vez que as Instâncias Ordinárias apontaram a existência da fumaça do bom direito e do perigo da demora, razão pela qual é autorizada legalmente a medida garantidora de eficácia útil de eventual sentença condenatória, no caso, a indisponibilização patrimonial da parte implicada.

7. Agravo Interno dos Implicados desprovido. Cf. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (1. Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.367.780/MG*. Processual Civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Medida Acautelatória de indisponibilidade de bens do acionado por Improbidade. [...]. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 25 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/855190740>. Acesso em: 8 nov. 2022.

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

Quadro 6 – Questões processuais

REDAÇÃO ANTERIOR	NOVA REDAÇÃO
<p>Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.</p> <p>Sem correspondente.</p>	<p>Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.</p> <p>Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, sendo vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.</p> <p>Parágrafo único. Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.</p>

Fonte: Elaborado pela autora.

Através da alteração do artigo 17 da Lei nº 8.429/92 pretendeu o legislador atribuir a legitimidade para o ajuizamento da ação de improbidade exclusivamente ao Ministério Público, afastando a legitimidade da pessoa jurídica de direito público lesada. Tal dispositivo teve a constitucionalidade questionada nas ADIs 7042 e 7043

perante o Supremo Tribunal Federal – STF, que restabeleceu a legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o MP e as pessoas jurídicas interessadas.³⁰

Por fim, o artigo 17-D e seu parágrafo único dispõem que a ação de improbidade administrativa é repressiva e de caráter sancionatório, não se prestando ao controle de legalidade de políticas públicas, que deverão ser submetidas à Lei de Ação Civil Pública – ACP. Também neste artigo, tal como já mencionado nos comentários ao artigo 11, o legislador exteriorizou claramente a intenção de afrouxar a punição de agentes públicos que eventualmente descumpram os ditames legais. A afronta à lei, quando não estiver tipificada nos incisos dos artigos 9º, 10 e 11 e não causar dano ao erário, não será passível de punição.

A análise desse dispositivo é de fundamental importância para o estudo que se está realizando neste artigo, uma vez que, *prima oculi*, parece impedir a aplicação da Lei de Improbidade às condutas dos agentes que violem as leis orçamentárias.³¹ No entanto, conforme se discorrerá no próximo tópico, essa primeira interpretação parece estar equivocada.

4.2. Análise dos tipos previstos na Lei de Improbidade relacionados ao descumprimento das políticas previstas nas leis orçamentárias

A leitura da Lei nº 8.429/92, com as alterações procedidas pela Lei nº 14.230/21, permite a intelecção de que o descumprimento das políticas públicas previstas nas leis orçamentárias poderia ser, em tese, tipificado no artigo 10, incisos IX e XI:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades

³⁰ Decisão (ADIs 7042 e 7043): O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação direta para: (a) declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do *caput* e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil; (b) declarar a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do § 20 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei nº 14.230/2021, no sentido de que não existe “obrigatoriedade de defesa judicial”; havendo, porém, a possibilidade dos órgãos da Advocacia Pública autorizarem a realização dessa representação judicial, por parte da assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7042/DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 31 de agosto de 2022c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315635>. Acesso em: 8 nov. 2022. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7043/DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 31 de agosto de 2022d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315955>. Acesso em: 8 nov. 2022.

³¹ Exatamente esse o posicionamento de José Roberto Oliveira e Dinora Grotti para quem o artigo 17-D: “Impede o uso da AIA como instrumento desvirtuado de controle de legalidade, como meio de coerção indireta na busca do seu resultado.” (CONTI *et al.*, 2022, p. 59)

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (*Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021*)

[...]

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

[...]

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (BRASIL, 1992)

Muito embora haja outros incisos no artigo 10 que têm relação com a atividade financeira e orçamentária do Estado (a saber: incisos VI, VII, X, XX e XXII), não se vislumbra a possibilidade de aplicação deles no caso de descumprimento das políticas públicas incluídas no planejamento previsto na lei orçamentária anual.

O desatendimento das políticas públicas pode configurar ato de improbidade sempre que se vislumbra que a conduta se amolda a um dos tipos previstos na lei. Nesse caso é relevante analisar, além das condutas previstas nos incisos IX e XI, as ações de desvio e de dilapidação dos bens e haveres descritas no *caput* do artigo 10.

A análise de uma possível tredestinação dos recursos públicos originalmente previstos para uma finalidade na lei orçamentária poderá ser feita facilmente através dos instrumentos de transparência fiscal previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal. (RGF, RREO e prestações de contas)³²

Caso haja desvio ou dilapidação dos bens e haveres através das condutas de ordenar ou permitir despesas não autorizadas em lei ou de liberar verba sem observância das regras pertinentes ou influir para sua aplicação irregular, poderá haver fácil constatação através da análise do RGF, do RREO e das prestações de contas.

Antes do advento da Lei nº 14.230/21, além das condutas previstas no artigo 10 acima mencionadas, a conduta de gestores que descumprissem a lei orçamentária causando prejuízo considerável aos direitos sociais protegidos ou ao patrimônio público poderia ser enquadrada no artigo 11, I, da Lei de Improbidade:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência. (BRASIL, 2021)

³² Conforme já mencionado alhures, a partir de janeiro de 2023 se tornará obrigatório o Siafic, previsto no artigo 48, § 1º, III, da LRF.

No entanto, em razão da revogação do dispositivo mencionado, não bastará o descumprimento da lei orçamentária com o contingenciamento injustificado de despesas, ainda que haja prejuízo aos direitos sociais tutelados. Para a punição do agente público por ato de improbidade será necessário que se comprove que houve conduta comissiva com aplicação da verba em finalidade diversa da prevista em lei.

Tratando especificamente dos incisos IX e XI, constata-se que a proibição da efetivação de gastos sem previsão na lei orçamentária decorre em primeiro lugar do artigo 167, incisos I e II, da Constituição da República. Esses dispositivos proíbem o início de programas ou projetos não incluídos na LOA e a realização de despesas e assunção de obrigações que excedam os créditos orçamentários ou adicionais (incluídos os suplementares e os especiais).

A antijuridicidade dos tipos previstos nos incisos IX e XI da Lei de Improbidade também se pode extrair do artigo 45 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Esse dispositivo objetiva a proteção do patrimônio público, na medida em que a efetivação de gastos em projetos novos, sem que os anteriores tenham sido concluídos, pode levar à dispersão de recursos sem o atendimento das finalidades eleitas como prioritárias.

Cumpra agora analisar cada um dos incisos e definir em que hipótese seria possível a imputação da conduta ímproba ao agente público.

4.2.1. Ordenar ou permitir despesas não autorizadas em lei ou regulamento

O primeiro tipo, previsto no artigo IX, dispõe que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa em que o sujeito ativo “ordena ou permite a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento”. (BRASIL, 1992) Veja-se que o tipo analisado tipifica como ilícitas duas condutas: ordenar despesas ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento.

Nesse caso ocorre o atendimento de determinada política pública ou programa não previsto na LOA em detrimento de política pública essencial, por exemplo. No entanto, não basta a subsunção do fato à norma sancionadora para que haja a caracterização do ato de improbidade. A Lei nº 14.230/21 deixou claro em diversos dispositivos que a mera ilegalidade não basta para a configuração do ato de improbidade.³³

Assim, se faz necessário seguir a esteira dos ensinamentos de Emerson Garcia e Rogério Pacheco, a fim de verificar se uma determinada conduta se ajusta à tipologia do ato de improbidade. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 283-285) Para tal desiderato, há

³³ Nesse sentido, CF. MOTTA, Fabrício; VIANA, Ismar. *Improbidade Administrativa e Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 204. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4477>. Acesso em: 10 nov. 2022.

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

que se percorrer um *iter* para a individualização do ato. Esse *iter* envolve a análise da conduta em cinco momentos:³⁴

I. DA IDENTIFICAÇÃO DA CONDUTA VIOLADORA E DO TIPO: no primeiro momento, deverá ser descrita a conduta violadora da norma e deverá ser feito o enquadramento no tipo previsto no artigo 10, IX. Até poderá ser descrita a violação a algum princípio como argumento de reforço, mas, a partir da Lei nº 14.230/21, não mais se admite a subsunção plúrima (a imputação de determinada conduta como afrontosa a um tipo e também ao artigo 11). Considerando as tipologias de realização das despesas sem que haja previsão legal ou em regulamento, para qualquer circunstância, ordenar (prática do ato orçamentário dá autorizar despesa ilegítima) ou permitir (não agir sabendo da irregularidade do gasto), exige-se a comprovação da conduta e caracterização do ato praticado;

II. DA IDENTIFICAÇÃO DOS SUJEITOS: O segundo momento seria dedicado a analisar as características dos sujeitos ativo e passivo, que estão definidos nos artigos 1º e 2º da Lei de Improbidade.

III. DA ANÁLISE DO DOLO: No terceiro momento há que ser avaliado o elemento volitivo do agente. Incabível, por óbvio, a responsabilidade objetiva por mera infração da lei. Antes da Lei nº 14.230/21, o artigo 10 admitia a punição por culpa; agora há de ser descrito o dolo do agente. Para a comprovação do dolo não se terá que demonstrar a intenção íntima do agente, mas sim que ele tinha consciência de estar a ordenar ou a permitir a realização das despesas ilegalmente e a vontade de praticar a conduta proibida. No caso do inciso IX não se exige qualquer especial fim de agir, nem mesmo a intenção de prejudicar o direito ou de causar dano ao erário. Em relação à necessidade de demonstração do dolo, cumpre mencionar o recente julgamento do ARE 843989 pelo STF, que decidiu que é necessária a comprovação da responsabilidade subjetiva com a presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade.

IV. DA COMPROVAÇÃO DO DANO: Passando ao quarto momento, no caso do artigo 10, será necessária a comprovação efetiva ou potencial de dano ao erário. A possibilidade de enquadramento da conduta no artigo 10, ainda que não haja dano efetivo ao patrimônio público decorre da interpretação do § 1º, veja-se sua redação:

§ 1º Nos casos em que a inobservância de formalidades legais ou regulamentares não implicar perda patrimonial efetiva, não ocorrerá imposição de ressarcimento, vedado o enriquecimento sem causa das entidades referidas no art. 1º desta Lei. (BRASIL, 1992)

³⁴ Nesse particular, com todas as vênias ao renomado jurista criador da imputação do ato de improbidade seguindo um *iter*, parece mais adequado identificar os sujeitos logo no segundo momento. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 285)

V. DA POTENCIAL IMPROBIDADE MATERIAL: Por fim, o quinto momento seria dedicado a verificar se o ato configura improbidade material. Até o quarto momento se teria caracterizado a improbidade formal, em que se teria feito a subsunção da conduta ao tipo e aos princípios regentes da Administração Pública. Neste quinto momento deverá ser avaliado se o ato de ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas implicou o desatendimento de políticas públicas essenciais, visou beneficiar determinado fornecedor em desvio de finalidade ou implicou gastos antieconômicos.

A análise do ato de improbidade, para que se preste à finalidade de coibir o descumprimento das leis orçamentárias, não pode ser feita isoladamente; há que ser feita sempre através da análise das políticas públicas implementadas, das políticas públicas negligenciadas e da execução do orçamento (com seus remanejamentos, transferências, limitações de empenho etc.). Daí a importância do acompanhamento de todas as fases da lei orçamentária desde sua criação, votação, execução até a prestação de contas. A avaliação isolada não vai permitir a identificação do dolo do agente ou do dano potencial a determinada política.

4.2.2. Liberar verba pública sem observância das normas ou influir para aplicação irregular

O segundo tipo a ser analisado, previsto no artigo XI, dispõe que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa em que o sujeito ativo “libera verba sem observância das normas pertinentes ou influi de qualquer forma para sua aplicação irregular”. (BRASIL, 1992) Assim, compreende-se como etapas necessárias para avaliação do descumprimento das políticas públicas previstas nas leis orçamentárias:

I. DA IDENTIFICAÇÃO DA CONDUTA VIOLADORA E DO TIPO: o tipo analisado, tal qual o anterior, também tipifica duas condutas como ilícitas: liberar verbas ou influir para sua aplicação irregular. Nesse tipo se poderia vislumbrar a realização de atos distintos, como, por exemplo, a abertura de crédito adicional ilegal ou irregular, a fim de promover a realização de licitação posterior ilegítima, contingenciar (limitar empenho) com o propósito de não promover a aplicação em finalidade prevista, ou ainda descentralizar os créditos para outra finalidade ou para reforço de dotação em programa diverso do originalmente previsto na LOA;

II. DA IDENTIFICAÇÃO DOS SUJEITOS: do mesmo modo, após a identificação da conduta e do tipo, deve-se caracterizar a prática do ato em consonância com o agente público responsável pela “liberação” ou “influência”, direta ou indiretamente, tendo em vista a possibilidade de delegação das competências orçamentárias;

III. DA ANÁLISE DO DOLO: no terceiro momento, também há que ser avaliado a intenção de liberar ou de influenciar na aplicação dos recursos públicos pelo agente responsável;

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

IV. DA COMPROVAÇÃO DO DANO: passando ao quarto momento, no caso do artigo 10, inciso XI, será necessária a comprovação efetiva ou potencial do dano ao erário, em especial, sob a perspectiva do desvio causado (por meio de remanejamentos, transposições ou transferências) nas dotações orçamentárias, a fim de liberar verba pública sem observância das normas ou influir para aplicação irregular delas. Para a comprovação, importante se valer das informações inseridas no Siafic, bem como nas prestações de contas (de gestão ou de governo) e nos relatórios fiscais exigidos pela LRF (RREO e RGF).

V. DA POTENCIAL IMPROBIDADE MATERIAL: por fim, o quinto momento seria dedicado a verificar se o ato configura improbidade material. A mera ilegalidade, sem que haja gravidade ou potencial lesivo importante não pode caracterizar improbidade administrativa, sob pena de banalizar a aplicação do instituto. Com efeito, ainda que seja liberada ou aplicada verba de maneira irregular, não haverá ato de improbidade administrativa se não houver prejuízo aos cofres públicos ou a determinado programa de governo que tenha sido preterido no caso de contingenciamento.

A grande dificuldade para a aplicação dos dispositivos mencionados será a prova. O autor deverá demonstrar que era do conhecimento do sujeito ativo a possibilidade de provocar os danos, dito de outra forma, tinha ciência de que ao ordenar aquela despesa ou liberar a verba irregularmente poderia causar prejuízos a determinada política/direito.

Competirá aos órgãos de controle maior eficiência no acompanhamento da execução das políticas públicas. Vislumbrada possível irregularidade pelo MP, por exemplo, poderá ser utilizado o instrumento da recomendação, que marcará a ciência do agente público sobre a possível ilegalidade.

Outra possibilidade de atuação é o acompanhamento da execução de Termo de Ajustamento de Conduta em que uma das cláusulas preveja a obrigação de implementar determinada política pública através da sua inserção no orçamento.

Também se pode vislumbrar a possibilidade de “marcar” a ocorrência do dolo através de decisão judicial que determine, de igual forma, a implementação da política pública. Eventual descumprimento, através da prática dos atos previstos no artigo 10, IX e XI, poderá ensejar a responsabilização do gestor recalcitrante no cumprimento da ordem judicial.

Mais importante que a aplicação da sanção é a efetividade dos direitos sociais previstos na Constituição. Dessa maneira, há que ser abordada a possibilidade de solução consensual, que se aborda no próximo tópico.

4.3. Possibilidade de conversão em ação civil pública e de entabulação de acordo de não persecução cível

Antes das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21 não havia dúvidas sobre a possibilidade de cumulação de pedidos de condenação por atos de improbidade com pedidos de condenação de obrigação de fazer ou não fazer referentes a outros direitos difusos e coletivos. Entendia-se que a ação de improbidade administrativa era também uma ação civil pública.

Apesar da redação do artigo 17-D, que dispõe que a ação de improbidade não constitui ação civil e não se presta ao controle de legalidade de políticas públicas nem para a proteção do patrimônio público e social e outros direitos difusos e coletivos, há quem entenda que a ação continua tendo natureza civil e que é possível a cumulação de pedidos.

Walber Agra, discorrendo sobre o tema, afirma que o autor da ação de improbidade poderá cumular os pedidos comumente feitos na ação civil pública genérica (condenação em dinheiro, obrigação de fazer ou não fazer) com a aplicação das sanções previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92. (AGRA, 2022, p. 307)

Tal entendimento efetivamente parece ser mais consentâneo com o princípio da economia processual, principalmente pelo fato de que, se ajuizadas duas demandas com a mesma causa de pedir mediata, havendo risco de decisões contraditórias, fatalmente haveria conexão e reunião de processos, de maneira que o ajuizamento de única demanda parece ser mais lógico.

Assim sendo, na mesma demanda se poderia pleitear a correção da ilegalidade vislumbrada e a punição do sujeito responsável pelo ato de improbidade. Caso ao final se conclua que não cabe punição pelo ato de improbidade, permanece a possibilidade de restaurar o *status quo ante* seja com a desconstituição do ato seja com a reparação do dano.

A Lei de Improbidade ainda previu uma outra possibilidade de resguardar os direitos coletivos violados: caso o magistrado identifique ilegalidades ou irregularidades que não configurem atos de improbidade poderá, ouvido o autor da ação e o Ministério Público, a teor do artigo 17, § 16, converter a ação de improbidade em ação civil pública.

Outra maneira de desconstituir ilegalidades e reparar eventuais danos ao erário é o acordo de não persecução cível – ANPC. Sendo o acordo um ato negocial, possuem as partes certa liberdade para inserir cláusulas que excedam os pedidos podendo incluir obrigações de fazer e não fazer relacionadas a políticas públicas inseridas ou não inseridas no orçamento.

Nas três hipóteses mencionadas nesse tópico (cumulação de pedidos, conversão da ação em ACP e ANPC) se pode verificar que é possível a utilização da ação de improbidade para discutir a legitimidade e a economicidade de políticas públicas, bem como meio de reparar eventual dano ao erário.

Além disso, ao contrário do que pode parecer pela leitura apressada do artigo 17-D, pode ser discutida a legalidade de determinada política pública em caso de

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

conexão com suposto ato de improbidade. Obviamente não é essa a principal finalidade da ação de improbidade, mas, especialmente pela gravidade de suas sanções e repercussão negativa de seu ajuizamento, poderá ter um efeito dissuasório de práticas contrárias à lei.

5. Conclusão

Em termos conclusivos deste breve artigo, pode-se afirmar que é plenamente aplicável a Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle preventivo e repressivo do descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas na Lei Orçamentária, especialmente quando comprovados o desvio e a dilapidação de bens e haveres do erário.

Conforme foi discorrido na seção 2, a Lei Orçamentária possui visceral importância para a efetivação dos direitos sociais fundamentais previstos na Constituição da República na medida em que através dela são previstas dotações orçamentárias para programas relacionados a políticas públicas essenciais definidas como prioritárias pelo Poder Executivo no Plano Plurianual.

Apesar de ainda haver vozes que apregoam a possibilidade de livre alteração da LOA pelo Executivo, foi demonstrado que o ordenamento jurídico brasileiro não mais comporta esse entendimento devendo o orçamento ser modificado apenas justificadamente, sob pena de responsabilização do gestor.

Para avaliar o regular exercício do Poder Executivo, compreendida a avaliação do cumprimento do planejamento previsto na LOA, a Constituição da República prevê a existência de variadas formas de controle. Na seção 3 se discorreu sobre o controle interno, o controle externo exercido pelo Poder Legislativo, diretamente e com o auxílio do Tribunal de Contas, o controle social, o controle judicial e o controle exercido pelo Ministério Público. Todos esses mecanismos são fundamentais e complementares.

A avaliação da execução do orçamento deve, na medida do possível, ocorrer de maneira concomitante a sua própria execução. Dessa forma, eventuais descumprimentos podem ser identificados e corrigidos antes da ocorrência de prejuízos. De igual forma, pode-se alertar o gestor sobre a possibilidade de responsabilização de maneira a prevenir danos e, eventualmente, comprovar a ocorrência do dolo.

A Lei de Improbidade, após a modificação implementada pela Lei nº 14.230/21, ainda possui tipos que possibilitam a responsabilização do gestor pelo descumprimento da lei orçamentária, desde que satisfeitas algumas condições: a conduta deve se adequar ao tipo, deve haver dano efetivo ou potencial ao erário ou ao patrimônio público e deve haver comprovação do dolo.

Satisfeitas essas condições, será possível ajuizar a ação de improbidade, que poderá gerar a punição do gestor ímprobo por sentença, culminar com a aplicação de sanções através de ANPC ou, ainda, ser convertida ação em ação civil pública por decisão do juiz, ouvido o Ministério Público.

Para garantir a efetividade dos direitos sociais através das políticas públicas previstas no orçamento, mais importante que a punição é a existência da possibilidade de punição como instrumento dissuasório. Infelizmente, como sociedade ainda não atingimos a maturidade necessária para agir corretamente sem que a “espada de Dâmocles”³⁵ esteja a postos. E compete ao Ministério Público e às demais Instituições de controle a nobre e difícil tarefa de empunhá-la.

Referências

AGRA, Walber de Moura. *Comentários sobre a Lei de Improbidade Administrativa*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4133>. Acesso em: 11 nov. 2022.

ARRUDA NETO, Pedro Thomé de. *Direito das Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1323>. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988a. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/conadc/1988/constituicao.adct-1988-5-outubro-1988-322234-normaatuizada-pl.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67emc69.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. [Constituição (1988b)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. Governo Federal. PPA 2020-2023. Gov.br, Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/transparencia-e-prestacao-de-contas/planejamento-1/ppa-2020-2023>. Acesso em: 8 nov. 2022.

³⁵ A história teria sido criada por Cícero, político e filósofo romano da escola estoica, para difundir a moral de que o exercício do poder traz riscos e demanda cautela do detentor de posição de mando. Invoca-se a lenda neste caso para aludir ao respeito que os poderes constituídos devem ter à lei.

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

_____. *Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1950. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1079-10-abril-1950-363423-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957*. Provê quanto ao disposto no parágrafo 31, 2ª parte, do artigo 141, da Constituição Federal, e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1957. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3164.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958*. Regula o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1958. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3502.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001*. Organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10180.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 13.971, de 27 de dezembro de 2019*. Institui o Plano Plurianual da União para o período de 2020 a 2023. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13971.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021*. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. *Lei nº 14.303, de 21 de janeiro de 2022*. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2022. Brasília, DF: Presidência da República, 2022a. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.303-de-21-de-janeiro-de-2022-*375541502. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. Ministério da Economia. Secretaria Especial do Tesouro e Orçamento. Secretaria de Orçamento Federal. *Manual Técnico de Orçamento – MTO 2022*. 15ª ed. Brasília, DF: 2022b. Disponível em: <https://www1.siof.planejamento.gov.br/mto/lib/exe/fetch.php/mto2022:mto2022-atual.pdf>. Acesso em: 19 out. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.367.780/MG*. Processual Civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Medida Acautelatória de indisponibilidade de bens do acionado por Improbidade. [...]. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 25 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/855190740>. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7042/DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 31 de agosto de 2022c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315635>. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7043/DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 31 de agosto de 2022d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6315955>. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). *Agravo em Recurso Especial n. 1461.963/SP*. Agravo em Recurso Especial. Administrativo. Improbidade Administrativa. Contratação de escritório de advocacia. [...]. Relator: Min. Francisco Falcão, 19 de setembro de 2019b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859354460>. Acesso em: 8 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *Recurso Especial n. 581.352/AM*. Ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais. Dever estatal de assistência materno-infantil resultante de norma constitucional. [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de outubro de 2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/24205269>. Acesso em: 8 nov. 2022.

A Nova Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de controle repressivo pelo descumprimento de políticas públicas essenciais inseridas no orçamento

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CONTI, José Maurício. Flexibilidade Orçamentária deve ser usada com moderação. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 20 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-20/contas-vista-flexibilidade-orcamentaria-usada-moderacao>. Acesso em: 8 ago. 2022.

_____. *et al. Responsabilidade do Gestor na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4465>. Acesso em: 8 nov. 2022.

CUNHA, Milene. O controle da execução orçamentária como meio garantidor de direitos fundamentais. In: LIMA, Luiz Henrique; OLIVEIRA, Weder de; CAMARGO, João Batista (Coord.). *Contas Governamentais e Responsabilidade Fiscal: desafios para o controle externo – Estudos de Ministros e Conselheiros substitutos dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 187-216. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1484/1538/2595>. Acesso em: 19 out. 2022.

FARIA, Rodrigo Oliveira de. *Natureza Jurídica do Orçamento e Flexibilidade Orçamentária*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

FARIAS, Luciano Chaves de. *Mínimo Existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1346>. Acesso em: 1 nov. 2022.

FELIPE, Renata Ribeiro. *Novos Meios de Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/3910>. Acesso em: 19 out. 2022.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/3929>. Acesso em: 21 out. 2022.

GARCIA, Emerson. *A Nova Lei de Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: MPMG, 2022. 1 vídeo (122 min.). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=seO-D6mBwYA&t=2454s>. Acesso em: 7 nov. 2022.

_____; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

IOCKEN, Sabrina Nunes. *Controle Compartilhado das Políticas Públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1690>. Acesso em: 18 out. 2022.

LEMOS, Rubin. *O Papel do Ministério Público na Concretização Democrática do Orçamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4229>. Acesso em: 28 out. 2022.

MARTINS, Tiago. Nova Lei da Impunidade Administrativa. *AJUFE*, Brasília, DF, [20-]. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/imprensa/artigos/15791-nova-lei-da-impunidade-administrativa>. Acesso em: 8 nov. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. *Quadro Comparativo* (Lei 8.429/92 x Lei 14.230/21). Florianópolis: MPSC, [202-]. Disponível em: www.mp.sc.br. Acesso em: 8 nov. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Resolução GPGJ nº 2.227, de 12 de julho de 2018*. Disciplina a atuação extrajudicial cível dos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e seus respectivos instrumentos. Rio de Janeiro: MPRJ, 2018. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/650298/resolucao_2227.pdf. Acesso em: 7 nov. 2022.

MOTTA, Fabrício; VIANA, Ismar. *Improbidade Administrativa e Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/4477>. Acesso em: 10 nov. 2022.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Deve o orçamento ser cumprido? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 672, maio 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6698>. Acesso em: 29 set. 2022.

PINTO, Élide Graziane *et al.* *Política Pública e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1759>. Acesso em: 19 out. 2022.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1301>. Acesso em: 19 out. 2022.

SOUSA, Guilherme Carvalho e. Quanto à insuficiência do direito para a correta averiguação de políticas públicas: interdependência com outras disciplinas e limitações ao controle exercido pelo Poder Judiciário. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 10, n. 118, dez. 2010.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira; MARÇAL, Thais Boia. Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ano 8, n. 264, set./dez. 2013. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/326/3001>. Acesso em: 28 out. 2022.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Políticas Públicas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1405>. Acesso em: 19 out. 2022.

Improbidade administrativa, processo coletivo e a Lei nº 14.230/2021: consensos e dissensos numa coautoria

“Improbidade administrativa”, collective redress and law n. 14.230/2021: consensus and dissent in a co-authorship

Fredie Didier Jr.*
Hermes Zaneti Jr.**

Sumário

1. Nota explicativa inicial (em coautoria). 2. Processo da ação de improbidade administrativa como processo coletivo – por Hermes Zaneti Jr. 3. Processo da ação de improbidade administrativa como processo punitivo não penal – por Fredie Didier Jr.

Resumo

Este ensaio adota o método dialético para confrontar duas possíveis interpretações da Lei n. 14.230/2021 no ordenamento jurídico brasileiro. Hermes Zaneti Jr. aponta as razões para a permanência da Lei de Improbidade Administrativa, uma ação coletiva para combate à corrupção, no Microsistema do Processo Coletivo, ainda que objetive a aplicação do Direito administrativo sancionador. Fredie Didier Jr. indica as motivações para que a ação de improbidade administrativa passe a integrar o processo punitivo não penal, com lógica e normas próprias, diferentes do processo coletivo.

Abstract

This essay adopts the dialectical method to confront two possible interpretations of Law n. 14230/2021 in the Brazilian legal system. Hermes Zaneti Jr. points out the reasons for the permanence of the Law of “Improbidade Administrativa”, a civil class action to fight the corruption, in the Microsystem of Collective Redress, even though it exercises the

* Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Professor Titular da Universidade Federal da Bahia. Advogado.

** Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Membro do Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

function of action for the application of sanctions in administrative law. Second, Fredie Didier Jr. indicates the motivations for the action of “improbidade administrativa” to become part of the non-criminal punitive process with his own logic and principles, diverse from collective redress.

Palavras-chave: Processo coletivo. Ação de improbidade administrativa. Direito administrativo sancionador. Processo punitivo não penal.

Keywords: *Collective redress. The action of “improbidade administrativa”. Sanctions in administrative law. Non-criminal punitive process.*

1. Nota explicativa inicial (em coautoria)

Desde a primeira edição de nosso livro sobre processo coletivo,¹ e até a décima quinta, considerávamos o processo da ação de improbidade administrativa como espécie de processo coletivo.

Por causa dessa premissa, examinávamos questões relativas ao processo da improbidade administrativa, tais como legitimidade, competência, autocomposição, transporte de técnicas processuais e coisa julgada, além de, consequentemente, colocarmos a Lei n. 8.429/1992 no microsistema brasileiro da tutela coletiva.

A opção, que era clara, não estava imune a críticas e, de fato, em muitas vezes, produzia alguma perplexidade. Um exemplo: deixávamos claro que a ação de improbidade servia a dois propósitos (punitivo e indenizatório) e que, à míngua de previsão legal específica, o regime jurídico da coisa julgada deveria ser misto – ora o da tutela coletiva, relativamente ao pedido de indenização, ora o do processo penal, relativamente ao pedido de punição.

Nos últimos anos, parcela da doutrina se contrapôs a essa ideia, defendendo o enquadramento do processo da ação de improbidade em outra categoria, fora da “caixa processo coletivo”. Em suma, a tese era a de que o processo de improbidade administrativa teria natureza “punitiva não penal”, sendo espécie de um gênero “processo sancionador”, que abrangeria também, por exemplo, o processo penal, o processo da justiça desportiva e o processo administrativo sancionador.²

¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2023, v. 4.

² A bibliografia é vasta e produzida por juristas de áreas diversas; seguem algumas referências entre processualistas que se dedicaram ao tema e que seguem essa ideia: COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015; MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial punitivo não penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018; PELEGRINE, Analu Paim Cirne. *A negociação premial na ação de improbidade administrativa e a coerência do sistema público punitivo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2018.

A Lei n. 14.230/2021, que alterou completamente o processo da ação de improbidade administrativa, reformando a Lei n. 8.429/1992, *parece* ter seguido esse caminho.

Eis a redação do art. 17-C, Lei n. 8.249/1992, acrescentado pela Lei n. 14.230/2021:

Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Parágrafo único. Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Não há dúvida de que a ação de improbidade administrativa *não* é uma ação penal e que também *não* é uma ação civil pública para controle judicial de políticas públicas.

Não sendo penal e não havendo contencioso administrativo com natureza jurisdicional no Brasil, a ação de improbidade poderia ser enquadrada como “ação cível *lato sensu*”. Mas isso apenas se insistirmos em nos valer da clássica divisão processo civil – processo penal, exatamente o que a mencionada doutrina encampada pela nova lei tanto criticava.

Mas, embora “não civil”, a lei expressamente remete ao procedimento comum do CPC como a base para o processamento da ação de improbidade administrativa, sem prejuízo de promover vários ajustes procedimentais, com a inclusão de técnicas processuais especiais.

Se é certo que o uso do procedimento comum do CPC, como base para uma ação que expressamente não seria “cível”, reforça a ideia, defendida por um dos autores, em outra oportunidade,³ do potencial de adaptação e de efetividade que este procedimento possui, também é correto dizer que isso pode ser usado como argumento para descaracterizar a natureza não civil da ação de improbidade.

³ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

A nova lei de improbidade nos colocou diante de um impasse: manter ou não manter as considerações sobre o processo da ação de improbidade há tantos anos defendidas.

O fato é que ainda não chegamos a um consenso sobre se a nova lei impõe que se desconsidere a ação de improbidade como ação coletiva⁴ ou sobre se a sua natureza independe do respectivo regramento normativo.

Hermes Zaneti Jr. defende que, ainda que provisoriamente, se mantenha a ação de improbidade administrativa no microsistema do processo coletivo, visto que, para o autor, a ação de “combate à corrupção” tutela o grupo de pessoas atingidas direta ou indiretamente pela corrupção e um bem jurídico coletivo fundamental, constitucionalmente protegido (art. 37, § 4º, CF/1988). Portanto, uma ação para a tutela de uma situação jurídica coletiva afetada a um grupo de pessoas. O fato de o direito material estar enquadrado no Direito administrativo sancionador não altera isso, apesar de afetar o regime processual da ação, naquilo que couber.

Fredie Didier Jr. defende a postura no sentido de que talvez seja mesmo o caso de reconstruir o sistema tradicional de categorias classificatórias, alocando a ação de improbidade fora do “guarda-chuva” do conceito de processo coletivo.

Por causa disso, resolvemos tirar de nosso livro todas as referências ao processo da ação de improbidade administrativa que constavam até a edição de 2021.

Já em 2022, mais gente tratou do assunto na academia.⁴ O Supremo Tribunal Federal por duas vezes decidiu sobre a nova Lei n. 14.230/2021 (Tema 1199 e ADI nº 7042 e ADI nº 7043).

Por isso, resolvemos, numa ação talvez insólita, mas em homenagem à Ciência, dar a público esse texto, em que apresentamos o que há de consenso e de dissenso em nossa coautoria, já tão longeva, em torno deste ponto. Preservamos, assim, uma já quase tradição de, em nossos escritos, marcar nossas divergências, afinal, uma boa epistemologia e uma boa ciência dogmática somente se constroem com debate e exposição clara e pública das ideias.

Daí que, a seguir, seguem os argumentos com que cada um dos coautores vem sustentando as suas primeiras ideias sobre o tema. Os itens a seguir são de autoria *isolada*, indicada na respectiva rubrica.

⁴ Destaque-se, por exemplo, o livro de PINTO, Marcus Vinícius. *Ação de improbidade administrativa – presunção de inocência e ne bis in idem*. Salvador: Editora Juspodivm, 2022; FERNANDES, Og; KOEHLER, Frederico; RUFINO, Jacqueline; FLUMIGNAN, Silvano. *Lei de Improbidade Administrativa – principais alterações da Lei n. 14.230/2021 e o impacto na jurisprudência do STJ*. Salvador: Editora Juspodivm, 2022; CAMBI, Eduardo; GARCIA, Emerson; ZANETI JR., Hermes (Org.). *Improbidade administrativa: principais alterações pela Lei 14.230/2021*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022.

2. Processo da ação de improbidade administrativa como processo coletivo – por Hermes Zaneti Jr.

A ação de improbidade administrativa é uma ação judicial de natureza não penal, *cível lato sensu*,⁵ que tutela o combate à corrupção, à moralidade administrativa e o direito difuso da probidade administrativa (art. 37, *caput*, e § 4º, CF/88).

A Lei nº 14.230/2021 acendeu a discussão sobre os princípios do direito administrativo sancionador (art. 2º, § 4º, Lei de Improbidade Administrativa - LIA) e da natureza repressiva e sancionatória da ação (art. 17-D, LIA) excluem a aplicação do microsistema do processo coletivo.⁶ Essa aproximação do direito administrativo sancionador com o direito penal garantiria a retroatividade ampla e mais benéfica da nova lei (art. 5º, XL, CF/88) e somente por isso já afastaria o regime do processo coletivo.

Acontece que tal compreensão não merece prevalecer, por três motivos principais.

Primeiro, o STF já havia decidido antes que a aplicação retroativa da lei mais benéfica em relação ao direito administrativo sancionador (infrações de trânsito) não é matéria constitucional, não atraindo a incidência imediata e ampla do art. 5º, XL, CF/88.⁷

⁵ O sentido da expressão “pleito civil *lato sensu*”, frequentemente utilizada por Pontes de Miranda, reconhecida por Galeno Lacerda e Cândido Rangel Dinamarco como um “paradoxo metodológico” entre o processo na Constituição e o Código de Processo Civil de 1973, fala muito sobre a tradição processual híbrida do Brasil. Em nosso país o direito administrativo é direito subjetivo público e tratado pelos mesmos juízes (jurisdição uma) que tratam as causas de direito privado (direito civil e comercial). Essa característica de diferenciar *common law* e *civil law* pela extensão atribuída à locução “civil”, no *common law*, todo processo não penal, na tradição romana-germânica, “direito privado” e “direito público” sendo as causas de processo civil limitadas a julgar os conflitos de direito privado, já foi apontada pela doutrina internacional comparatista como um elemento da distinção *common law/civil law* (VAN RHEE, C. H. (Remco); VERVEK, R. *Civil procedure*. In: SMITS, J. M., Edward Elgar Publishing (Ed.). *Elgar encyclopedia of comparative law*. Elgar original reference. Cheltenham, UK; Northampton, Mass: Edward Elgar Pub, 2006. p. 120-134, esp. 120). Ela sempre esteve na nossa tradição republicana, desde 1891 (ver, amplamente, inclusive para as referências bibliográficas, ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: Do Problema ao Precedente*. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: RT/Thomson Reuters, 2021).

⁶ Nesse sentido, os defensores do processo sancionador utilizam jurisprudência construída pelo STJ acerca da incidência irrestrita do art. 5º, XL, CF/88, que trata da aplicação retroativa da lei penal para beneficiar o réu, nos processos administrativos disciplinares para afirmar que o núcleo das garantias da lei sendo do direito administrativo sancionador mais se assemelha ao direito penal. “A norma administrativa mais benéfica, no que deixa de sancionar determinado comportamento, é dotada de eficácia retroativa” (STJ. 1ª T. REsp 1402893/MG. Rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 11/04/2019, DJe 22/04/2019); “Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. Precedente. Dessarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se inidoneos os demais atos processuais. Precedentes.” (STJ. 1ª T. RMS n. 37.031/SP. Rel. Min. Regina Helena Costa, j. em 08.02.2018, DJe 20/02/2018).

⁷ “(...) Recurso extraordinário representativo da controvérsia. *Aplicação retroativa de lei mais benéfica às infrações de trânsito*. Exegese das normas de trânsito. Interpretação realizada à luz das normas do Código Brasileiro de Trânsito revogado e do vigente. *Matéria eminentemente infraconstitucional*. Ausência de repercussão geral. 1. *Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que discute efeitos de normas de trânsito revogadoras e revogadas*. 2. É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que os conceitos dos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada não se encontram na Constituição Federal, senão na legislação ordinária, mais especificamente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 3. Ausência de repercussão geral”. (RE 657871 RG, Relator(a): Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2014, acórdão eletrônico DJe-225, divulg. 14-11-2014, public. 17-11-2014)

No caso específico da ação de improbidade, justamente pela importância das alterações e seu impacto, o Supremo Tribunal Federal agora tem precedente estabelecendo:

A Lei nº 14.230/2021 não excluiu a natureza civil dos atos de improbidade administrativa e suas sanções, pois essa “natureza civil” retira seu substrato normativo diretamente do texto constitucional, conforme reconhecido pacificamente por essa SUPREMA CORTE (TEMA 576 de Repercussão Geral, de minha relatoria, RE nº 976.566/PA (...)). O ato de improbidade administrativa é um ato ilícito civil qualificado – “ilegalidade qualificada pela prática de corrupção” (...). O princípio da retroatividade da lei penal consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador.

E mais, como decorre do voto: “ao errônea e fictamente tentar excluir a natureza civil da ação de improbidade, a lei não teve a força de excluir a natureza civil do ato de improbidade e suas sanções, pois essa “natureza civil” tem substrato diretamente do texto constitucional”.⁸

Segundo, já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal que a Fazenda Pública e as pessoas jurídicas atingidas continuam sendo partes legítimas para a ação de improbidade e para o acordo de não persecução civil (ADI nº 7.043 e ADI nº 7.042 do STF).⁹ Desta decisão destaca-se o reconhecimento pelo STF da legitimidade *ad causam* concorrente e disjuntiva entre a pessoa jurídica lesada e o Ministério Público. Assim, decidiu o tribunal por: “declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do *caput* e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei n. 8.429/1992, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva

⁸ STF, Pleno, Tema 1199. ARE n. 843.989/PR. Rel. Min. Alexandre de Moraes.

⁹ Decidiu o Supremo Tribunal Federal: “(a) declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do *caput* e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei n. 8.429/1992, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil; (b) declarar a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do § 20 do art. 17 da Lei n. 8.429/1992, incluído pela Lei n. 14.230/2021, no sentido de que não existe ‘obrigatoriedade de defesa judicial’; havendo, porém, a possibilidade dos órgãos da Advocacia Pública autorizarem a realização dessa representação judicial, por parte da assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia”. (STF, Tribunal Pleno. ADI n. 7043 e 7042, DJ em 31/08/2022)

entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil”.

A *legitimidade concorrente e disjuntiva* para o ajuizamento da ação de improbidade e para o *acordo de não persecução civil* é um claro sinal da natureza de ação civil pública da ação de improbidade, ainda que seu objeto específico seja o combate à corrupção.¹⁰

Por outro lado, a legitimação não se limita ao Ministério Público, mas o Ministério Público sempre intervém, seja nas ações de improbidade, seja no momento da homologação do ANPC. A intervenção obrigatória do Ministério Público não está prevista na nova lei, sendo mais bem depreendida do microsistema do processo coletivo. Mais um argumento a reforçar a tese aqui defendida.

Terceiro, é necessário lembrar, como corolário de tudo que foi dito acima, que o direito brasileiro adota o pleito civil *lato sensu*. Isso significa que o processo civil é o mesmo para qualquer área do direito não penal, ainda que seja possível criar procedimentos especiais e jurisdições especiais.

No Brasil, o direito administrativo é julgado pelo mesmo juiz que julga as causas de direito privado, respeitada a distribuição de competências internas ao Poder Judiciário. A justiça comum, federal e estadual, julgará as causas que digam respeito ao direito administrativo sancionador de forma igual, nada mudará com a expressa menção da lei ao “direito administrativo sancionador”. A expressão já era usada na nossa doutrina e foi muito difundida a partir da previsão na Constituição Espanhola de 1978.

Ademais, em relação ao microsistema do processo coletivo, o direito administrativo é o objeto principal da *ação popular*, do *mandado de segurança coletivo*, da *lei anticorrupção* e, em muitos casos, também é o objeto principal das *ações civis*

¹⁰ Na doutrina, o argumento da legitimidade *ad causam* havia sido sustentado igualmente como um argumento para afastar a improbidade do microsistema na nova configuração dada pela lei por MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. A separação entre ação de improbidade e ação civil pública. *Consultor Jurídico*. Sábado, 17 de dezembro de 2021, <https://www.conjur.com.br/2021-dez-17/improbidade-debate-separacao-entre-acao-improbidade-acao-civil-publica>, acesso em: 16.12.2022. Esse argumento não subsistindo também deve cair a distinção indevida entre processo coletivo e Lei de Improbidade Administrativa. Outro argumento levantado pelos autores é o de que a lei atual expressamente remete ao procedimento comum, o que afastaria o livre trânsito com as técnicas do microsistema. Aqui, percebe-se a diferença entre a concepção anterior dos procedimentos especiais e do procedimento ordinário, rígido, estanque e inflexível, e a atual, que prevê o livre trânsito de técnicas processuais entre os procedimentos especiais e o procedimento comum. A regra do trânsito de técnicas faz apenas reforçar com a menção ao procedimento comum, uma vez que a sua aplicação é supletiva, subsidiária e *residual* em relação às normas específicas de procedimento da improbidade e das normas gerais do microsistema de processo coletivo. No mesmo sentido defendido aqui neste texto, apontam a legitimidade *ad causam* e o trânsito das técnicas processuais como dois impactos concretos do debate sobre a permanência ou não da ação de improbidade no processo coletivo. CAVACO, Bruno de Sá Barcelos; BONFADINI, Carla. Breves anotações processuais sobre a lei 14.230/21 e seu impacto no campo do combate à corrupção. Elas no Processo: *Migalhas*. Sexta-feira, 16 de dezembro de 2022, <https://www.migalhas.com.br/coluna/elas-no-processo/361202/breves-anotacoes-processuais-sobre-a-lei-14-230-21>, acesso em: 16.12.2022.

públicas, especialmente as que lidam com o direito ambiental e com o controle judicial de políticas públicas. O processo coletivo está acostumado a servir de instrumento para garantir a efetividade do direito administrativo sancionador.

Logo, o processo coletivo brasileiro inclui o direito administrativo e o direito administrativo sancionador entre os direitos que tutela. Uma das características principais do nosso processo coletivo é exatamente esta: não setorial, transubstancial ou não taxativo, permitindo a tutela de todos os interesses difusos e coletivos (art. 129, III, CF/1988, *in fine*). As demandas coletivas podem discutir questões que são eminentemente administrativas e tutelar bens jurídicos protegidos pelo direito administrativo.

Portanto, não muda a natureza da ação de improbidade administrativa afirmar que ela atua sobre o direito administrativo sancionador. Sua natureza continua ser civil ou "cível", no sentido amplo. Natureza civil, vedada pela Lei de Improbidade Administrativa, na redação atual, poderia ser no máximo entendida aqui como natureza de direito privado, que realmente não é o objeto da ação de improbidade, que trata do direito público.

Por outro lado, mesmo que se possa afirmar que os *bens jurídicos administrativos* podem ser individuais ou coletivos, dizer respeito ao interesse primário da administração ou ao seu interesse secundário, a tutela do combate à corrupção, da moralidade e da probidade administrativa é claramente um bem jurídico difuso com guarida constitucional e natureza cível *lato sensu*, direito público coletivo, portanto (art. 37, *caput*, e § 4º, CF/88).

Uma análise rápida da lei mostra que em diversas passagens se aplica o microsistema do processo coletivo, com recurso ao diálogo de fontes, seja para evitar a dupla valoração, com a vedação do *bis in idem*, seja para levar em conta a Lei Anticorrupção, permitir a desclassificação da ação de improbidade para a ação civil pública, inclusive com a recepção parcial do pedido para excluir os pedidos que digam respeito às matérias típicas de outras espécies de ações coletivas.

Assim, outras tantas aplicações podem ser desenvolvidas para maior efetividade da tutela. Por exemplo, apesar da revogação do § 3º, do art. 17, da LIA, o uso da doutrina e da jurisprudência sobre a intervenção móvel ou despolarização da demanda, se assim mais convier ao interesse público, pode e deve ser aplicada para permitir que ocorra uma realocação da pessoa jurídica interessada uma vez ouvida. Também, no campo da efetividade das medidas de sanção, seria correto permitir o uso do microsistema para o desconto em folha dos valores decorrentes da condenação se o réu perceber dos cofres públicos (art. 14, § 3º, Lei de Ação Popular). Aliás, é uma via de mão dupla, algumas técnicas como o parcelamento em até 48 parcelas do valor da execução previstos na nova LIA também poderão ser muito úteis em outras ações do microsistema (§ 4º, art. 18, Lei n. 14.230/2021).

O caso da desclassificação da ação de improbidade para a ação civil pública é emblemático da ulterior aplicação do microsistema.

Na verdade, ele faz compreender que a natureza dúplice da ação continua a existir, ao mesmo tempo sancionatória e reparatória. Isso também é perceptível do regime do ANPC, que prevê a reparação do dano e das próprias sanções em espécie (art. 12, da Lei de Improbidade Administrativa). A ação de improbidade continua cumulando pedidos típicos da improbidade e pedidos que são característicos da ação civil pública, pelo menos o pedido de ressarcimento e os demais pedidos que são cabíveis também na ação civil pública e na ação anticorrupção. Em relação a esses pedidos *fair notice*, certificação do grupo, coisa julgada *in utilibus* podem ser efeitos necessários para a tutela adequada. Portanto, como as demandas estão cumuladas, não há como deixar de perceber que pelo menos em relação aos pedidos não típicos deve se aplicar o microssistema do processo coletivo.

Por outro lado, é preciso falar das hipóteses em que a regulação específica afasta o microssistema. Não se aplica o microssistema na legitimação ativa, exclusiva do Ministério Público e das pessoas jurídicas interessadas, na inversão do ônus da prova e na sua distribuição dinâmica, no reexame necessário, entre outros institutos comuns expressamente vedados. Portanto, salvo as regras expressamente em contrário com o microssistema do processo coletivo e com o microssistema de combate à corrupção, a lei de improbidade e os demais diplomas continuam se interpenetrando e subsidiando reciprocamente para garantir mais efetividade à tutela coletiva da probidade administrativa.

Analisando o problema sobre as duas vertentes propostas por Fredie Didier Jr., teríamos aspectos epistemológicos ligados à função heurística, poderíamos dizer filosófico jurídica, da ação de improbidade, de um lado, e aspectos dogmáticos, jurídico-positivos, de outro, a justificar a manutenção da improbidade como processo coletivo de combate à corrupção.

O aspecto heurístico mais importante é reconhecer que o direito sancionador é de natureza múltipla, nem todo direito sancionador é direito penal e atrai todas as garantias do direito penal. O certo é reconhecer que o formalismo processual do processo sancionador tem dois interesses públicos em tensão permanente, interesses igualmente protegidos pelo Estado Democrático Constitucional. A sanção tem de ser justa (defesa do interesse do requerido inocente contra a condenação arbitrária), mas a sanção tem de ser certa (defesa do interesse público primário no combate à corrupção). Essa tensão entre direitos fundamentais é essencial ao modelo constitucional contemporâneo, praticamente ineliminável da boa aplicação do direito.

Não se pretende “falsas condenações”, mas também não se desejam “falsas absolvições”. Em síntese, do ponto de vista epistemológico, o processo das ações de improbidade deve ser pensado e estruturado para ambas as garantias: a) do requerido, a um processo justo que evite falsas condenações; b) da sociedade, protegida pelo mandato constitucional de responsabilização (art. 37, § 4º, CF/1988). A proteção inclui além da responsabilização do requerido pelos atos praticados o efeito deterrente para inibir a prática de ilícitos futuros (prevenção geral e prevenção especial). É por essas

razões que do ponto de vista da filosofia da justiça, dos valores que justificam a lei, existe uma tríplice função: sancionadora, reparatória e preventiva.

Analisando a questão do ponto de vista dogmático: a) da mesma maneira que no processo coletivo, a certificação e definição inicial do objeto da ação de improbidade passa a ser determinante; a.1) porque permite separar os requeridos para evitar a duração excessiva do processo (art. 17, § 10-B, LIA), inclusive para aceitar o acordo de não persecução civil (art. 17-B, LIA) em relação aos requeridos que possam preencher os requisitos subjetivos e objetivos a juízo do colegitimado para fazer jus ao benefício daqueles outros requeridos que devem enfrentar a ação até final condenação; a.2) para separar os pedidos referentes à ação civil pública para controle judicial de políticas públicas e outros bens jurídicos não tutelados pela improbidade daqueles específicos da LIA (art. 17-D, LIA), desclassificando parcialmente os pedidos incompatíveis com o rito mais protetivo do requerido (art. 17, § 16, LIA); a.3) a desclassificação da demanda como um todo, quando ausente elementos mínimos para prosseguir com a ação por improbidade, mas presentes os elementos para a ação civil pública (art. 17, § 16, LIA), em todas essas hipóteses está presente o dever-poder de certificação do processo coletivo, típico do microssistema; b) como a desclassificação pode ser realizada a qualquer tempo, não se verificando dolo, mas sendo o caso de responsabilidade objetiva ou culposa por danos ao patrimônio público, aplica-se a sanção de ressarcimento ou indenização independentemente de nova demanda, ou seja, este pedido, típico da ação civil pública, está cumulado, continua autônomo em relação ao pedido sancionatório; c) o Ministério Público instaura o inquérito civil para investigar atos de improbidade (art. 22, LIA), toda a disciplina normativa interna válida para os procedimentos administrativos do Ministério Público continua valendo na improbidade administrativa da mesma maneira que no resto do microssistema; d) a correta compreensão da sentença condenatória na ação de improbidade administrativa implica o transporte *in utilibus* da tutela condenatória para as demais demandas coletivas ligadas ao mesmo conjunto de fatos, assim como para os titulares de direitos individuais atingidos pela conduta ímproba, afinal, se a lei disciplina os impactos da sentença absolutória, não exclui os impactos da sentença condenatória (art. 103, 3º e 4º, CDC), assim como não poderia excluir os efeitos positivos da sentença condenatória penal sobre o juízo da improbidade, a razão dogmática destes transportes é justamente a maior amplitude da cognição no procedimento mais garantista do requerido; e) a ligação entre a ação popular e a ação de improbidade continua ocorrendo, como referimos acima, com a possibilidade de intercâmbio de técnicas processuais como o parcelamento do débito, desconto em folha e intervenção móvel da pessoa jurídica atingida. Muitos outros exemplos poderiam ser dados e outros tantos surgirão da prática. A interpretação sistemática a partir da lógica e princípios próprios regentes do direito sancionador e do processo coletivo pode e deve ser realizada para que a lei cumpra seus objetivos constitucionais, evitando a proteção insuficiente dos requeridos e a proteção deficiente do bem jurídico coletivo de combate à corrupção.

Somente o tempo poderá dizer o quão frutífera será a nova LIA para a boa aplicação do microsistema do processo coletivo e vice-versa.

Concluindo-se, portanto, que não é possível sustentar que as regras do microsistema do processo coletivo não se aplicam com base em uma suposta aproximação entre o *direito administrativo sancionador* ao *direito penal* ou na afirmação de que a ação de improbidade administrativa não possui natureza cível. O direito material influencia o processo, mas o processo deve garantir instrumentos de efetividade e adequação ao direito material. As características típicas do direito sancionador terão efeito sobre o processo, da mesma maneira que tem o direito administrativo, o direito tributário, o direito eleitoral etc. Não há necessidade de retirar a LIA do microsistema para atender a essas características. Essas são algumas razões para mantermos o posicionamento que tínhamos até a 15ª ed. do nosso livro sobre coletivo, escrito em coautoria (2021, p. 78), no sentido de que o “microsistema é composto pelo CDC, a Lei da Ação Civil Pública e a Lei da Ação Popular, no seu núcleo, e a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Mandado de Segurança e outras leis avulsas, na sua periferia.”

3. Processo da ação de improbidade administrativa como processo punitivo não penal – por Fredie Didier Jr.

A verdade é que me convenci dos argumentos favoráveis à tese de que o processo da ação de improbidade administrativa não é espécie de processo coletivo.

Analu Pelegriné, minha orientanda do mestrado na UFBA, defendeu sua dissertação em 2018 – trabalho referido na nota 2. Durante a orientação, ela me apresentou esses argumentos, contrários ao entendimento que até então eu defendia, de modo muito bem articulado, a ponto de, sinceramente, não ter encontrado novos argumentos para me defender.

Aquela época, não trouxe essa questão para o debate com Zaneti. Não sei exatamente a razão dessa minha omissão. Talvez tenha simplesmente “me passado” quanto a isso, como se diz aqui na Bahia. A superveniência da Lei n. 14.230/2021 impôs-me, agora inevitavelmente, uma tomada pública de posição.

Há argumentos dogmáticos (jurídico-positivos) e epistemológicos (com função heurística) para compreender que a ação de improbidade administrativa não é espécie de ação coletiva e, por isso, está fora do seu respectivo microsistema normativo.

Do ponto de vista *dogmático*, salta aos olhos um fato de difícil contestação: nenhuma das normas *próprias* do processo coletivo é aplicada ao processo da ação de improbidade administrativa; não há, por exemplo, a) *fair notice* aos membros do grupo; b) certificação do processo para definição de grupo ou membros do grupo; c) ampliação do contraditório ao grupo e aos membros do grupo, com audiências públicas; d) extensão *in utilibus* da coisa julgada ao membro do grupo.

No processo coletivo, o formalismo processual é estruturado de modo a proteger os interesses do grupo e dos membros do grupo, considerados, ambos,

em alguma medida, vulneráveis; no processo da improbidade administrativa, a estruturação é feita em sentido diverso: proteger o réu. Os exemplos são inúmeros: *a)* justa causa para a propositura da ação (art. 17, §§ 6º e 6º-B); *b)* recorribilidade da decisão que rejeita preliminares suscitadas pelo réu (art. 17, § 9º-A); *c)* rigorosa estabilidade objetiva do processo (art. 17, § 10-C); *d)* rigorosa decisão de organização do processo (art. 17, §§ 10-C e 10-D); *e)* concretização ainda mais detalhada do que o CPC do dever de motivar (arts. 17, § 10-F e 17); *f)* proibição de sanção de confissão ficta em caso de o réu recusar-se a depor (art. 17, § 18), de presunção de veracidade das alegações de fato trazidas pelo autor em razão da revelia (art. 17, § 19, I) e de redistribuição dinâmica do ônus da prova (art. 17, § 19, II); *g)* não há remessa necessária (art. 17, § 19, IV, e art. 17-C, §3º); *h)* possibilidade de condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios, no caso de improcedência da ação, comprovada a má-fé (art. 23-B, § 2º); *i)* ordem diferenciada de bens sobre os quais a ordem de indisponibilidade pode recair (art. 16, § 11); *j)* transporte da coisa julgada civil e penal em favor do réu da improbidade administrativa (art. 21, §§ 3º e 4º). Como se vê, isso tem muito pouco, ou quase nada, a ver com a conformação dogmática do processo coletivo brasileiro.

Como se isso já não bastasse, ainda há o art. 17-D da Lei n. 8.249/1992, acrescentado pela Lei n. 14.230/2021, transcrito no item 1 deste texto, em que se proíbe que a ação de improbidade administrativa tenha por objeto qualquer das situações jurídicas coletivas ativas previstas no art. 1º da Lei n. 7.347/1985 – com a ressalva da pretensão ressarcitória, que aparece, agora, como efeito anexo da sentença de procedência na ação de improbidade, à semelhança do que ocorre com o dever de indenizar a vítima, efeito anexo da sentença penal condenatória. Ou seja, não dá para considerar como coletivo um processo que não pode ter por objeto uma situação jurídica coletiva. *Jamais foi preciso defender que a pretensão punitiva, no caso do processo penal ou no de um processo administrativo disciplinar, é um direito difuso, embora se saiba que a condenação penal possa ter efeitos coletivos, quando a vítima (não a titular da pretensão punitiva) é uma coletividade – tratamos disso neste volume do Curso.* E não vislumbro argumentos em favor da inconstitucionalidade desse art. 17-C, ressalvado sempre o direito de crítica à opção legislativa.

Do ponto de vista *epistemológico* – reflexão sobre o próprio saber científico, com evidente função heurística –, não parece fazer sentido tentar encaixar, o processo de improbidade administrativa num tipo (“processo coletivo”), cujas características comuns são tão diferentes.

Certamente não era por acaso que, diante de dificuldades dogmáticas, como, por exemplo, com o regime da coisa julgada, optávamos, eu e Zaneti, por buscar no processo penal o paradigma normativo para a solução da lacuna da Lei n. 8.429/1992. Essa “fuga hermenêutica” para outro microsistema (o do processo penal) é um *bug* epistemológico muito comum: indício de falha no sistema de categorias jurídicas com que se vinha trabalhando.

Categorias são construídas a partir da reunião de características comuns de certos objetos – de *espécies a gêneros*, de *gêneros a famílias* etc., numa relação crescente

de generalização. Ao processo da ação de improbidade administrativa, falta boa parte das características comuns de um processo coletivo.

Para começar, é absolutamente irrelevante, para a compreensão do processo da ação de improbidade administrativa, manejar os conceitos de “grupo” e “membro do grupo”, assim como esses mesmos conceitos jamais foram necessários para a compreensão do processo penal.

A criação do conceito de “processo punitivo/sancionador”, mais abrangente, uma espécie de “passo atrás” epistemológico, parece realmente ser a postura mais correta. Ele conseguiria reunir processos com muitas características comuns, que poderiam ser agrupados numa mesma família: processo penal, processo administrativo sancionador, processo na justiça desportiva e até o inquérito para apuração de falta grave, no âmbito trabalhista. A nota “comum” a todos é a aplicação de sanção decorrente de exercício de poder punitivo e a necessidade de um regime jurídico de proteção do acusado/réu/investigado etc. As semelhanças do processo da improbidade administrativa com esses processos punitivos são bem evidentes; de outro lado, não é nem um pouco fácil aproximá-lo de uma ação coletiva para tutela de direitos difusos, por exemplo.

Há uma característica comum, no entanto, entre o processo da improbidade e o processo coletivo: a condução do processo pelo Ministério Público, em legitimação extraordinária. Nesse sentido, ambos são processos não penais instaurados por provocação do Ministério Público. Sucede que isso não é apanágio dos processos coletivos: a) há processos individuais conduzidos pelo Ministério Público, como o de interdição e o de alimentos para incapaz; b) há legitimação extraordinária em processo individual; c) há processos coletivos que *não são* instaurados pelo Ministério Público. *E jamais se precisou do conceito de processo coletivo para explicar a ação penal, também conduzida, em regra, pelo Ministério Público.*

Essas são as razões iniciais que me levam a considerar que o legislador brasileiro acertou e deu uma boa contribuição ao desenvolvimento da Ciência do Direito Processual, ao ajudar na construção da família “processo punitivo”, a que se liga o gênero “processo punitivo não penal”, de que o processo da ação de improbidade é uma espécie.



Dolo específico na improbidade administrativa: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova¹

Cristiane de Sousa Campos da Paz*

Sumário

1. Introdução. 2. A improbidade administrativa: alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21 no que tange à tipicidade e ao elemento volitivo. 2.1. Tipificação das condutas. 2.1.1. Da extinção do ato de improbidade administrativa culposo. 2.1.2. Da taxatividade dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública. 2.2. Elemento subjetivo. 3. A recomendação no âmbito do Ministério Público. 4. A recomendação como meio de prova do dolo específico de ato de improbidade administrativa. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

Diante das dificuldades probatórias criadas a partir do novo cenário estabelecido pela Lei nº 14.230/21 ao alterar a Lei nº 8.429/92, que introduziu a figura do dolo com especial fim de agir para a tipificação dos atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito, em prejuízo ao erário, e atentem contra os princípios da Administração Pública, exigindo não só a comprovação da voluntariedade em praticar o ato ilícito previsto em lei, bem como o benefício para si ou para outrem, este artigo visa apresentar os fundamentos teóricos e práticos que justificam a utilização da Recomendação pelo Ministério Público como mecanismo eficaz para a comprovação do referido dolo.

Abstract

Given the evidentiary difficulties created by the new scenario established by Law No. 14.230/21, which amended Law No. 8.429/92 by introducing the concept of "dolo com especial fim de agir" (specific intent) for the characterization of acts of misconduct that result in undue enrichment, harm to public funds, and violation of the principles of

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 do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (IERB/MPRJ). Orientador: Bruno de Sá Barcelos Cavaco.

* Graduada em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduanda em Políticas Públicas e Tutela Coletiva pelo Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Public Administration, requiring not only the proof of voluntariness in committing the unlawful act prescribed by law, but also the personal benefit or benefit to others, this article aims to present the theoretical and practical foundations that justify the use of Recommendation by the Public Prosecution Service as an effective mechanism to prove the aforementioned specific intent.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Dolo específico. Recomendação. Ministério Público.

Keywords: *Administrative misconduct. Specific intent. Recommendation. Public Prosecutor's Office.*

1. Introdução

A improbidade administrativa é um dos principais desafios enfrentados pela sociedade contemporânea no combate à corrupção e à má gestão dos recursos públicos.

Para o professor Daniel Neves, a previsão de instrumentos, como a Lei de Improbidade Administrativa, capazes de enfrentar a desonestidade, a corrupção e a deslealdade com o trato da coisa pública, representam importante critério de verificação da seriedade de determinado Estado.²

No Brasil, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) estabelece as sanções aplicáveis aos agentes públicos e aqueles que com ele concorrem, em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do artigo 37 da Constituição da República.

Ao longo dos anos, foi-se verificando uma deturpação na aplicação da Lei nº 8.429/92, havendo em muitos casos o seu uso político, em outros, punições excessivas e sem justa causa, causando extrema insegurança jurídica e arbitrariedades.

Consoante Marçal Justen Filho,³ a Lei nº 8.429/1992, no formato em que se encontrava, propiciou a proliferação de julgamentos em primeiro grau sem a produção de prova, fundada em presunções de diversa ordem. Ademais, segundo o autor, por faculdades previstas na normativa, como a condenação com base na mera culpa, prevista no art. 10 da referida norma, e a formulação de petição com pedidos indeterminados (pleito pela condenação pelos arts. 9º, 10 ou 11, sucessivamente), muitas ações de improbidade passaram a ser orientadas a fins diversos daqueles constitucionalmente previstos.

² NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 32.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 8.

Dolo específico na improbidade administrativa: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova

Diante desse cenário, em 25.10.2021 sobreveio a Lei nº 14.230/21,⁴ que promoveu alterações significativas nessa legislação, trazendo um novo panorama no enfrentamento da improbidade administrativa, razão pela qual muitos consideram a novel legislação a “Nova Lei de Improbidade Administrativa”.

Em verdade, “restou preservada a numeração da Lei nº 8.429/1992. Contudo, sob o aspecto material, o conteúdo da LIA foi intensamente alterado. Trata-se, de fato, de uma nova Lei com a mesma numeração”.⁵

Em face dos princípios a que está submetida à administração pública (art. 37 da CF/1988) e tendo em vista a supremacia deles, sendo representantes daquela os agentes públicos passíveis de serem alcançados pela Lei de Improbidade, o legislador ordinário quis impedir o ajuizamento de ações temerárias, evitando, com isso, além de eventuais perseguições políticas e o descrédito social de atos ou decisões político-administrativos legítimos, a punição de administradores, ou de agentes públicos inexperientes, inábeis, ou que fizeram uma má opção política na gerência da coisa pública, ou na prática de atos administrativos, sem má-fé, ou intenção de lesar o erário, ou de enriquecimento.⁶

Longe de almejar esgotar a análise das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, destacamos neste artigo duas profundas alterações promovidas que interessam ao trabalho proposto: a tipificação de condutas e o elemento subjetivo.

A partir deste panorama, pretendemos explorar a utilização da Recomendação expedida pelo Ministério Público como mecanismo eficaz para a comprovação do dolo específico para a tipificação do ato de improbidade administrativa.

Para conduzir a investigação proposta, esta análise valeu-se de pesquisa teórica, revisão bibliográfica e raciocínio dedutivo, tentando realizar uma abordagem dialética, qualitativa e interdisciplinar não limitada aos estatutos legais, avaliando-os de maneira descritiva para, ao final, concluir que a recomendação deve ser utilizada pelo Ministério Público como um dos instrumentos eficazes de comprovação do dolo específico exigido pela Nova Lei de Improbidade Administrativa.

⁴ Publicada em 26.10.2021.

⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa: Lei 14.230, de 25.10.2021 comentada artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 3.

⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Recurso Especial 1.926.832/TO*. Processual civil e administrativo. Recurso especial representativo da controvérsia. Improbidade. Contratação de servidor temporário. Autorização. Lei local. Dolo. Afastamento. Relator: Min. Gurgel de Faria, 11 de maio de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 3 jun. 2023.

2. A improbidade administrativa: alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21 no que tange à tipicidade e ao elemento volitivo

A Lei n. 14.230/2021 trouxe mudanças significativas, tanto na esfera material quanto procedimental, na esfera de improbidade administrativa, que vão desde a revisão dos conceitos de ato de improbidade administrativa até a pretensão de se garantir uma maior celeridade e efetividade da tramitação dos processos judiciais, evitando que a demora da conclusão gere impunidade e desestímulo ao combate à corrupção.

Em resposta aos anseios doutrinários e aos novos contornos dados por nossos Tribunais aos atos de improbidade administrativa, o legislador, ao aprovar a Lei nº 14.230/2021, viu por bem: i) estipular tipos fechados e taxativos no rol do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, afastando a possibilidade de condenação dos agentes públicos pela prática de atos atentatórios aos princípios da administração pública, pura e simplesmente; ii) excluir a previsão de atos de improbidade culposos; e iii) exigir a comprovação do dolo específico para a caracterização dos atos de improbidade administrativa elencados nos artigos 9º, 10 e 11, nos termos do que prevê o artigo 11, §2º.

Referidas alterações legislativas, embora tenham causado intensos debates no meio acadêmico, tiveram como finalidade adequar o texto legal aos princípios norteadores do Direito Administrativo Sancionador, aplicáveis ao sistema de improbidade administrativa, por expressa previsão legal (artigo 1º, §4º – inovação também da nova legislação). Nas palavras de Flávio Luiz Yarshell e Heitor Vitor Mendonça Sica, “a Lei nº 14.230/2021 tem por inequívoco objetivo reposicionar a ação de improbidade administrativa, afastando-a do microsistema de tutela dos interesses transindividuais e inserindo-a no campo do ‘direito sancionador’”.⁷

Tal como apontado por Marçal Justen Filho (2022, p. 13), as principais inovações são as seguintes:

- a exigência do dolo, devidamente comprovado, para punição por improbidade;
- o sancionamento por improbidade a entidades privadas que tenham recebido o benefício, incentivo ou vantagem de origem estatal;
- a eliminação da sanção de perda do cargo ou mandato nas infrações do art. 11;

⁷ SAMPAIO, Melissa Di Lascio; ESTEVES, Suzane Ramos Rosa. *Repercussões da nova lei de improbidade administrativa nos processos administrativos disciplinares: análise doutrinária e das jurisprudências administrativa e pretoriana*. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/1319/1408>. Acesso em: 3 jun. 2023, p. 264.

Dolo específico na improbidade administrativa: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova

- a restrição ao sancionamento por improbidade do terceiro à comprovação de ter induzido ou concorrido para a prática de improbidade;
- a instituição de uma ação judicial típica envolvendo a punição por improbidade com afastamento da aplicação do regime da ação civil pública;
- atribuição ao Ministério Público da legitimidade ativa privativa para ação de improbidade;
- a ampliação do rigor no tocante aos requisitos de ajuizamento da ação de improbidade com a expressa exigência de qualificação dos fatos em face dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429;
- a vedação ao julgamento antecipado da lide nas hipóteses de condenação do réu;
- a fixação de prazo prescricional de 8 anos, computado a partir da data de consumação do ilícito;
- a previsão da prescrição intercorrente computado a partir do ajuizamento da ação de improbidade, com prazo de oito anos.

Duas das principais alterações residem no fato de se ter tornado atípico o ato de improbidade administrativa culposo, ainda que haja efetivo e comprovado dano ao erário público, e a exigência do dolo específico para a configuração do ato de improbidade administrativa.

2.1. Tipificação das condutas

Em termos de tipificação da conduta que constitui ato de improbidade administrativa, vale ressaltar que a nova legislação estabeleceu uma classificação mais precisa e detalhada das condutas que configuram a improbidade, mantendo, no entanto, a divisão em três categorias, quais sejam: improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário e improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública.

A sanção a ser aplicada, prevista no artigo 12 da Lei nº 8.429/92, irá depender da natureza do ato de improbidade administrativo praticado.

2.1.1. Da extinção do ato de improbidade administrativa culposo

Até o advento da Lei nº 14.230/21, o ato de improbidade administrativa poderia ser doloso ou culposo, permitindo-se a modalidade culposa no caso de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário público.

Não obstante, com o advento da Lei nº 14.230/21, deixou de ser considerado ato de improbidade administrativa a lesão ao erário público por ação ou omissão *culposa*, que enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação

dos bens, ou haveres das entidades referidas no artigo 1º da Lei nº 8.429/92, previsto na redação original do artigo 10 da Lei nº 8.429/92.

Atualmente, somente a ação ou omissão *dolosa* e que enseje *efetiva e comprovada* perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento, ou dilapidação dos bens, ou haveres das entidades referidas no artigo 1º é que será considerado ato de improbidade administrativa, nos termos da redação dada pela Lei nº 14.230/21 ao artigo 10 da Lei nº 8.429/92.

Entendeu por bem o legislador evitar a punição de agentes públicos e aqueles que com ele concorreram, por erros ou negligências involuntárias, independentemente da gravidade de suas consequências ao patrimônio público.

Não obstante, a extinção do ato de improbidade administrativa culposo suscita importantes implicações e reflexões. Em primeiro lugar, é necessário avaliar se a adoção exclusiva do dolo como critério de responsabilização é suficiente para combater efetivamente a corrupção e a má gestão pública. Afinal, a responsabilização por atos culposos poderia representar uma salvaguarda contra práticas negligentes ou imprudentes que também causam danos ao patrimônio público.

Além disso, a extinção do ato de improbidade culposo pode gerar um estímulo à impunidade, uma vez que condutas negligentes ou imprudentes, ainda que tenham consequências graves, não seriam passíveis de responsabilização no âmbito da improbidade administrativa. Isso poderia minar a confiança da sociedade na Administração Pública e comprometer a efetividade do combate à corrupção.

Por outro lado, é necessário encontrar um equilíbrio entre a punição justa e proporcional aos atos de improbidade e a proteção contra responsabilizações injustas ou excessivas.

A discussão sobre o fim do ato de improbidade administrativa culposo traz à tona reflexões relevantes sobre a responsabilização dos agentes públicos e a busca por uma administração pública ética e transparente. A defesa pela extinção desse tipo de responsabilização baseia-se na necessidade de comprovar o dolo específico como critério para a configuração da improbidade. No entanto, é fundamental avaliar as implicações e encontrar um equilíbrio entre a punição justa e a proteção contra responsabilizações injustas. Afinal, a luta contra a corrupção e a má gestão pública requer um sistema de responsabilização efetivo, capaz de promover a ética e a transparência no exercício da função pública.

2.1.2. Da taxatividade dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública

Ainda no que tange às alterações promovidas no âmbito da tipificação dos atos de improbidade administrativa, vemos que as hipóteses de ato de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, que anteriormente as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21 eram consideradas exemplificativas, passaram a ser consideradas *numerus clausus*.

Dolo específico na improbidade administrativa: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova

Isso porque a expressão “e notadamente” prevista na redação originária do artigo 11 foi suprimida, motivo pelo qual passou o rol das condutas que atentam contra os princípios da administração pública ser taxativo.

Assim, a partir do advento da Lei nº 14.230/21, para que a conduta atinente a violar os princípios da administração pública configure ato de improbidade administrativa, não basta que ela viole, ainda que gravemente, os princípios da honestidade, de imparcialidade e de legalidade previstos no *caput* do artigo 11, devendo também se enquadrar em um dos incisos do referido dispositivo legal.

Para além de fixar os contornos da responsabilidade subjetiva, o legislador, reconhecendo a incidência dos princípios do Direito Administrativo Sancionador ao sistema da improbidade administrativa e a gravidade das sanções impostas, viu por bem prever tipos fechados para o art. 11 da Lei nº 8.429/1992, acompanhados de um rol taxativo das hipóteses que poderiam configurar o ato de improbidade, evitando, assim, prejuízos à ampla defesa e condenações genéricas.⁸

Pretendeu o legislador com tal alteração, espantar a insegurança jurídica diante da norma em branco prevista anteriormente pelo artigo 11, reduzindo, com isso, os abusos interpretativos que vinham ocorrendo. Nesse sentido, a taxatividade seria fundamental para garantia da previsibilidade das condutas passíveis de responsabilização por improbidade administrativa, permitindo uma aplicação objetiva da lei.

Não obstante, se por um lado, uma lista exaustiva poderia trazer mais segurança jurídica, delimitando claramente as condutas vedadas e facilitando a identificação dos atos ímprobos, contribuindo para uma aplicação mais uniforme da legislação e evitando interpretações divergentes pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário; por outro lado, a taxatividade excessiva poderia limitar a capacidade de resposta do ordenamento jurídico diante de novas formas de improbidade administrativa que possam surgir.

A alteração promovida pela Lei nº 14.230/21 diminuiu o núcleo de condutas protegidas pela Lei de Improbidade Administrativa ao permitir que ações, ainda que reprovadas pela Constituição e capazes de violar os princípios da administração pública, não mais possam ser considerados como atos de improbidade.

A dinamicidade das relações na Administração Pública exige uma interpretação flexível e atualizada da lei, de forma a acompanhar os avanços tecnológicos e as

⁸ SAMPAIO, Melissa Di Lascio; ESTEVES, Suzane Ramos Rosa. *Repercussões da nova lei de improbidade administrativa nos processos administrativos disciplinares: análise doutrinária e das jurisprudências administrativa e pretoriana*. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/1319/1408>. Acesso em: 3 jun. 2023, p. 268.

transformações sociais. Uma lista taxativa rígida poderia dificultar a responsabilização de condutas ímprobas que não estejam expressamente previstas no artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

Ademais, é importante ressaltar que a taxatividade dos atos de improbidade administrativa deve ser compatível com os princípios constitucionais da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade. Uma interpretação demasiadamente restritiva poderia limitar a capacidade de combate à corrupção e à má gestão pública, comprometendo a efetividade do sistema de responsabilização.

A escolha legislativa não está respaldada em nenhuma justificativa razoável. De acordo com Oliveira e Grotti, a restrição injustificada desse artigo, ao estabelecer um rol tímido de hipóteses que atentam contra a honestidade, a legalidade, a imparcialidade e a lealdade institucional, retrocedeu no enfrentamento das “práticas nefastas de patrimonialismo, clientelismo, nepotismo, favoritismo e outras mazelas ético-jurídicas gravíssimas que vicejam no aparelho do Estado”.⁹

De igual modo, José Carlos Fernandes argumenta que esta mudança é irrazoável e desproporcional, haja vista permitir que “uma série de condutas dolosas, previstas como crimes e também praticadas por agentes públicos no exercício de suas funções, simplesmente sejam ignoradas pelo Direito Administrativo Sancionador”.¹⁰

Nesse sentido, vemos ser necessário encontrar um equilíbrio entre a taxatividade e a necessidade de interpretação flexível, de modo a garantir uma responsabilização efetiva diante de novas formas de improbidade administrativa. É imprescindível que o debate considere os princípios constitucionais e busque uma solução que promova a ética, a transparência e a eficiência na Administração Pública.

2.2. Elemento subjetivo

A presença do dolo para a configuração de ato de improbidade administrativa não é novidade, havendo sua previsão desde a redação original da Lei nº 8.429/92.

No entanto, segundo a construção jurisprudencial pacífica do Superior Tribunal de Justiça, o dolo, para fins de tipicidade de improbidade administrativa, bastava ser genérico, sendo certo que no caso do tipo do artigo 10, bastaria a presença de culpa.

⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa*: críticas ao Projeto de Lei do Senado nº 2505/2021. Disponível em: <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/25560-sistema-de-responsabilizacao-pela-pratica-de-atos-de-improbidade-administrativa-criticas-ao-projeto-de-lei-do-senado-n-2505-2021>. Acesso em: 4 jun. 2023.

¹⁰ FERNANDES, José Carlos. *Considerações sobre a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito da Proteção a Probidade Administrativa*: impactos da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, à luz da Constituição da República. Disponível em: <https://ammp.org.br/consideracoes-sobre-a-retroatividade-da-lei-mais-benefica-no-ambito-da-protacao-a-probidade-administrativa-impactos-da-lei-no-14-230-de-25-de-outubro-de-2021-no-rol-do-art-11-da-lei-de-improbidade/>. Acesso em: 4 jun. 2023.

Dolo específico na improbidade administrativa: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova

Cumpra destacar, ainda, que o dolo que se exige para a configuração da improbidade administrativa e a simples vontade consciente de aderir a conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica – ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público, ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria –, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas.¹¹

Com o advento da Lei nº 14.230/21 foi extinta a possibilidade de ato de improbidade culposos, sendo previsto unicamente o ato de improbidade administrativo doloso, nos termos do §1º do artigo 1º, *in verbis*:

Artigo 1º (...)

§1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as *condutas dolosas* tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)¹²

Mas o legislador foi além. Não basta mais a presença do dolo (genérico) para a configuração do ato de improbidade administrativa. A Lei nº 14.230/21 previu também a necessidade de comprovação do dolo específico. Em outras palavras, além de ser demonstrado a prática do ato ilegal típico, é preciso comprovar que o agente público tinha a intenção deliberada de praticar o ato ilícito previsto nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92.

O §2º do artigo 1º da Lei nº 8.429/92, incluído pela Lei nº 14.230/21, não deixa margem para dúvidas ao conceituar o dolo específico para fins de improbidade administrativa, nos seguintes termos:

Artigo 1º (...)

§2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de *alcançar o resultado ilícito tipificado* nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)¹³

¹¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial 1.512.085/SP*. Constitucional e Administrativo. Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa. Contratações sem concurso público. Ofensa à exigência constitucional e aos princípios que regem a administração pública. Art. 11 da Lei 8.429/1992. Reconhecimento de dolo genérico. Relator: Min. Hermann Benjamin, 2 de agosto de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 17 jun. 2023.

¹² BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em 17.06.2023. Grifos nossos.

¹³ BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o

Portanto, a configuração do ato de improbidade administrativa depende da voluntariedade do agente (dolo simples) e do fim específico previsto em lei (dolo específico), consubstanciado em atingir o resultado ilícito previsto nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 9.429/92. Sem a comprovação do ato doloso com fim específico, não há ato de improbidade administrativa. Reforça essa ideia o disposto no §3º do artigo 1º do mesmo diploma legal:

Artigo 1º (...)

§3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)¹⁴

De forma redundante, inclusive, o legislador previu no §1º do artigo 17-C, da Lei nº 8.429/92, incluído pela Lei nº 14.230/21, que “a ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade”.¹⁵

Não há dúvidas, portanto, que o dolo direcionado ao fim ilícito é necessário para a tipificação do ato de improbidade administrativa.

Diferentemente do dolo genérico, que se refere à simples vontade de cometer o ato, o dolo específico requer a intenção consciente de obter o enriquecimento ilícito para si ou para outrem, lesar o patrimônio público ou violar os princípios da Administração Pública. É necessário comprovar que o agente público agiu de forma deliberada, com plena ciência dos efeitos danosos de sua conduta.

Marçal Justen Filho (2022, p. 36), no mesmo sentido, indica que “apenas existe improbidade nos casos em que o agente estatal tiver consciência da natureza indevida da sua conduta e atuar de modo consciente para produzir esse resultado”. Em outros termos, o autor conceitua a demonstração do dolo como “a consciência do sujeito quanto à antijuridicidade de sua conduta e a vontade de praticar a ação ou omissão necessária à consumação da infração”.

Registre-se aqui, por oportuno, que mesmo ao terceiro que não seja agente público, mas que venha a ser responsabilizado pela prática de ato de improbidade administrativa diante de sua participação, é exigido o dolo em sua conduta: “Artigo

§4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em 17.06.2023. Grifos nossos.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 17.06.2023.

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 17.06.2023.

Dolo específico na improbidade administrativa: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova

3º – As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade”.¹⁶

Além do dolo específico (de atingir o resultado ilícito previsto nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92), previu o legislador também um especial fim de agir, qual seja, a obtenção de proveito, ou benefício indevido para si, ou para outrem, consoante expressamente disposto nos §§1º e 2º do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, incluído pela Lei nº 14.230/21.

Artigo 11 (...)

§1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si, ou para outra pessoa, ou entidade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§2º Aplica-se o disposto no §1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)¹⁷

Em suma, com o advento da Lei nº 14.230/21, para a configuração de ato de improbidade administrativa é preciso que o ato típico, previsto no artigo 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92, seja praticado com voluntariedade, direcionado a alcançar uma finalidade ilícita prevista nos referidos dispositivos legais (artigo 1º, §§1º e 3º da Lei nº 8.429/92), e objetive a obtenção de proveito ou benefício indevido para si, ou para outrem (artigo 11, §§1º e 2º da Lei nº 8.429/92).

Conferindo nova redação ao artigo 1º, §1º, LIA, passou a considerar atos de improbidade administrativa somente *as condutas dolosas* tipificadas nos artigos 9º, 10 e 11. Assim, tornou atípico qualquer conduta desprovida de dolo, não admitindo a mera voluntariedade para incidência do artigo 11 e, ainda, excluiu do rol do artigo 10 as

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 17.06.2023.

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 17.06.2023. Grifos nossos.

condutas lesivas ao erário praticadas por negligência, imperícia ou imprudência, as quais não mais se consideram atos de improbidade. O §2º do artigo 1º, conceitua dolo como a vontade livre e consciente de produzir o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11. Não basta, todavia, o dolo genérico, consistente na consciência e vontade de praticar o ato e produzir o resultado. Agora, é necessário, além disso, a finalidade especial do agente de violar a lei. Em outras palavras, *exige-se* que tenha consciência e *vontade de realizar a conduta para buscar um fim ilícito*.

[...]

Não basta, agora, para configurar ato de improbidade administrativa a realização intencional de uma das condutas descritas nos tipos dos artigos 9º, 10 e 11, sendo necessária a *consciência e a vontade de realizar todos os elementos da definição legal, com o objetivo de buscar um resultado moralmente afrontoso à ordem jurídica*.¹⁸

A presença do dolo, com especial fim de agir na configuração do ato de improbidade administrativa, traz importantes repercussões. Em primeiro lugar, a exigência do dolo com especial fim de agir estabelece um critério mais rigoroso para a responsabilização dos agentes públicos, evitando interpretações amplas e subjetivas.

A existência do dolo específico também contribui para a proporcionalidade das sanções aplicadas. A improbidade administrativa é uma infração que acarreta consequências severas, como a perda do cargo público e a suspensão dos direitos políticos, sendo certo que o ressarcimento integral do dano causado não se constitui em sanção do ato de improbidade, mas mera consequência de sua prática. Portanto, a comprovação do dolo específico garante que essas sanções sejam aplicadas somente aos casos em que há uma intenção deliberada de praticar atos ímprobos.

Essa exigência também contribui para a segurança jurídica, uma vez que delimita com mais precisão as condutas passíveis de responsabilização por improbidade administrativa. Com o dolo com especial fim de agir, é necessário comprovar que o agente público agiu de forma consciente e intencional, visando a obtenção de vantagem indevida e os fins ilícitos previstos nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92. Isso evita a aplicação indiscriminada da lei e protege os bons agentes públicos de acusações infundadas.

Nesse sentido, é fundamental que os órgãos de controle, dentre eles o Ministério Público, realizem investigações aprofundadas e promovam a produção de provas robustas para a comprovação do dolo específico. A análise de elementos

¹⁸ CAPEZ, Fernando. *O dolo penal na improbidade administrativa*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/controversias-juridicas-dolo-penal-improbidade-administrativa>. Acesso em: 17 jun. 2023.

Dolo específico na improbidade administrativa: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova

como documentos, depoimentos e circunstâncias objetivas do caso pode auxiliar na demonstração da vontade consciente do agente público em praticar atos ímprobos.

O artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/21, prevê expressamente como condição da ação a presença de justa causa, consubstanciada na instrução da petição inicial com elementos mínimos que comprovem o dolo do agente:

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

[...]

§6º A petição inicial observará o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

[...]

II - será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)¹⁹

Assim, a comprovação do dolo com especial fim de agir requer uma análise cuidadosa das circunstâncias do caso e produção de provas consistente que demonstre a intenção deliberada do agente em buscar resultados ilegais ou imorais contrários aos princípios da Administração Pública.

3. A recomendação no âmbito do Ministério Público

O Ministério Público é uma instituição essencial para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, exercendo importante papel na proteção dos direitos e na fiscalização da Administração Pública.

É nesse contexto, que a recomendação surge como um instrumento extrajudicial de atuação, permitindo ao Ministério Público intervir de forma preventiva e reparadora em situações que demandam a observância de determinadas condutas.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 17.06.2023.

A Constituição da República inclui, entre as funções institucionais do Ministério Público, a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (Artigo 129, II, CRFB/88).

Para o exercício de sua função institucional, o artigo 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625/93, estabelece caber ao Ministério Público a expedição de recomendações, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

De igual modo, a Lei Complementar nº 75/93 estabeleceu, em seu artigo 6º, XX, caber ao Ministério Público da União expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis, disposição que é extensível ao Ministério Público dos Estados por força do art. 80 da Lei nº 8.625/93.

Nesse sentido, tem-se que a recomendação é um importante instrumento utilizado pelo Ministério Público como meio de atuação extrajudicial na defesa dos direitos fundamentais e no cumprimento de suas atribuições institucionais.

A recomendação administrativa pode constituir em instrumento decisivo e resolutivo para pôr fim a um determinado problema a partir de um democrático entendimento havido entre Ministério Público e destinatário da medida, sem intervenção do Poder Judiciário, situação que recomenda o incremento da sua utilização, sem que possível, como alternativa prévia à instauração de conflito junto ao Poder Judiciário.²⁰

A recomendação encontra seus fundamentos na própria natureza do Ministério Público como instituição de defesa dos direitos fundamentais, na busca pela resolução extrajudicial de conflitos, na promoção da cidadania e na garantia dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Além disso, a recomendação está respaldada na busca pela efetividade dos direitos e na prevenção de litígios, evitando a sobrecarga do Poder Judiciário.

[...] o patrimônio público pode, e deve, ser protegido preventivamente, emergindo a recomendação como importante instrumento nessa missão. Como bem salientado por Luciano de Faria Brasil, a recomendação, além de ser instrumento de recomposição da legalidade pela via argumentativa e consensual, constitui-se

²⁰ ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. *Ministério Público em ação. Atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 52-53.

Dolo específico na improbidade administrativa: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova

também, quando envolvido no polo passivo o Poder Público, em mais um elemento essencial no sistema de freios e contrapesos, limitando o poder e reforçando o arranjo institucional da divisão funcional do Estado.²¹

A recomendação possui natureza jurídica de um ato administrativo discricionário, emanado pelo Ministério Público, que possui caráter orientativo e não coercitivo. Ela é baseada na autonomia funcional do Ministério Público, prevista na Constituição Federal, e tem como finalidade:

[p]ersuadir 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, atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas.²²

A recomendação pode ser dirigida, de maneira preventiva ou corretiva, preliminar ou definitiva, e será dirigida a quem tem o poder, atribuição ou competência para a adoção das medidas recomendadas, ou responsabilidade pela reparação, ou prevenção do dano (artigo 4º, §1º, da Resolução CNMP nº 164/2017).

A eficácia da recomendação reside no seu poder persuasivo. Embora não seja vinculante, a recomendação carrega consigo um peso moral e institucional que estimula o seu cumprimento. O destinatário da recomendação deve avaliar a pertinência e a legalidade das orientações, bem como as consequências caso não as cumpra, tendo em vista que o não cumprimento da recomendação pode levar a medidas adicionais, como a propositura de ações judiciais.

Assim é que, no intuito de evitar a judicialização e fornecer ao destinatário todas as informações úteis à formação de seu convencimento quanto ao atendimento da recomendação, poderá o órgão do Ministério Público, ao expedir a recomendação, indicar as medidas que entende cabíveis, em tese, no caso de desatendimento da recomendação, desde que incluídas em sua esfera de atribuições (§1º do artigo 11 da Resolução CNMP nº 164/2017).

Em suma, a recomendação é um importante instrumento no âmbito do Ministério Público, que permite uma atuação mais célere, eficiente e preventiva na defesa dos direitos e na fiscalização da Administração Pública. Sua natureza jurídica

²¹ BONFIM, Gilberto; FARIA, Renato Maia de; BARBOSA, Rodrigo Cesar. *Evidenciação de dolo e má-fé na improbidade administrativa pela recomendação do Ministério Público*. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/3012>. Acesso em: 17.06.2023, p. 197.

²² BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 164, de 28 de março de 2017*. 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: 17 jun. 2023.

discricionária, seus fundamentos constitucionais e sua eficácia persuasiva contribuem para a promoção da justiça, da legalidade e da efetividade dos direitos tutelados pelo Ministério Público.

4. A recomendação como meio de prova do dolo específico de ato de improbidade administrativa

Em decorrência das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, notadamente a exigência do dolo específico para fins de tipificação do ato de improbidade administrativa, tem-se que a prova do dolo se tornou mais complexa, senão impossível de ser realizada em alguns casos.

Sob a égide da redação original da Lei nº 8.429/92, a inicial de improbidade administrativa precisava demonstrar somente o dolo normativo, em outras palavras, demonstrar que foi violado o tipo normativo, considerando que a jurisprudência admitia a tipificação do ato de improbidade administrativa a partir do dolo genérico.

No entanto, atualmente, torna-se indispensável que se demonstre não apenas a existência do ato ilícito, consubstanciado na violação ao disposto nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, mas também a intenção do agente de praticá-lo e de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem.

Atos ilegais, ainda que violem direitos fundamentais, não serão objeto de ação de improbidade administrativa se não houver prova da vontade específica do agente de praticar o ato ilícito e obter o proveito para si ou para outrem.

Nesse sentido, vale destacar que:

Por sua própria natureza, o dolo e a má-fé não podem ser objeto de prova direta. A menos que haja uma confissão por parte do réu, o dolo e a má-fé só poderão ser determinados por uma operação racional, legitimamente realizada pelo julgador, a partir de fatos conhecidos e suficientemente provados.²³

Não há dúvidas, portanto, que a inclusão do dolo específico diminuiu o núcleo de proteção das condutas protegido pelo diploma normativo que versa sobre a improbidade administrativa, retrocedendo na luta do combate à improbidade administrativa e à corrupção.

E é nesse cenário que se propõe a utilização do instrumento da Recomendação como meio de se comprovar o dolo específico de praticar o ato ilícito previsto nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92 em eventual e futura ação por ato de improbidade administrativa.

²³ FERREIRA, Vivian Maria Pereira. *O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80715/77056>. Acesso em: 18 jun. 2023, p. 23.

Dolo específico na improbidade administrativa: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova

Assim é que “na seara da defesa do patrimônio público, a recomendação administrativa possui, ao menos, duas funções de extrema importância: a) orientar o administrador inábil e b) revelar a má-fé do gestor ímprobo.”²⁴

O festejado doutrinador Emerson Garcia, ainda sob a égide da redação original da Lei nº 8.429/92, já registrava a possibilidade de utilização da Recomendação como forma de se evidenciar o dolo na prática do ato de improbidade administrativa:

No que diz respeito aos efeitos, em múltiplas situações, as recomendações ultrapassam o campo da mera exortação moral, contribuindo para a exata identificação do elemento anímico que direcionou o destinatário em suas ações ou omissões. Exemplo sugestivo pode ser divisado no caso de existir dúvida em relação ao dolo do agente na violação aos princípios regentes da atividade estatal, situação passível de configurar ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei nº 8.49/1992: demonstrada a ilicitude do comportamento, mas persistindo o agente adotá-lo, o dolo restará inequivocamente demonstrado.²⁵

No mesmo sentido, registra-se o entendimento sufragado pelos doutrinadores Leonardo Barreto Moreira Alces e Márcio Soares Berclaz:

[...] inclusive porque muitas vezes o alerta do Ministério Público sobre determinada situação e a reação do destinatário revelam muito do seu elemento subjetivo (vontade/intenção) de querer manter uma situação irregular ou estar consciente e disposto a mobilizar esforços para resolvê-la, o que pode ser decisivo até mesmo para configurar ou não ato de responsabilidade por improbidade administrativa, na forma da Lei nº 8.429/92, responsabilidade que, embora relacionada à matéria do patrimônio público, pode sempre incidir de modo reflexo quando se quer responsabilização por conta de situações relacionadas a outras áreas de tutela coletiva submetida à proteção e fiscalização do Ministério Público.²⁶

²⁴ BONFIM, Gilberto; FARIA, Renato Maia de; BARBOSA, Rodrigo Cesar. *Evidenciação de dolo e má-fé na improbidade administrativa pela recomendação do Ministério Público*. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/3012>. Acesso em: 18.06.2023, p. 198.

²⁵ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, atribuições e regime jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 581.

²⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. *Ministério Público em ação. Atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 52-53.

Outrossim, com bem lembrado por Marcos Paulo de Souza Miranda, a Recomendação, diante de sua natureza enunciativa de efeitos concretos, não deve ser entendida como mero conselho sem maiores consequências, sendo certo que o seu não atendimento pode gerar medidas a serem adotadas pelo Ministério Público:

a) caracterização de dolo para viabilizar futura responsabilização em sede de ação penal pela prática de condutas que encontram adequação típica na legislação criminal; b) tornar inequívoca a demonstração da consciência da ilicitude do recomendado e impedir que seja invocado o desconhecimento da lei (*ignorantia legis*); c) caracterização do dolo, má-fé ou ciência da irregularidade para viabilizar futuras responsabilizações em sede de ação por improbidade administrativa quando tal elemento for exigido.²⁷

A vista disso, uma vez demonstrado ao agente público, a partir da Recomendação expedida pelo Ministério Público, a inadequação de sua conduta aos ditames legais, e que tal fato se enquadraria no disposto nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92, resta evidente que o agente, uma vez ciente de tal fato e, optando por manter a conduta inadequada, passa a agir com vontade livre e consciente de praticar o ato ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92.

[...] sendo o agente público cientificado pelo Ministério Público, por intermédio da recomendação, de que seu comportamento está em desconformidade com a Lei e, em sequência, se negando a cumprir o recomendado, o agente demonstra ter consciência da ilicitude de sua conduta e vontade de violar a norma jurídica, estando formalmente explicitado seu dolo, havendo a subsunção de sua conduta à norma (LIA).²⁸

Ademais, uma vez apontado na Recomendação expedida pelo Ministério Público que a conduta ilegal adotada pelo agente público, se mantida, acarretaria benefício de terceiro ou do próprio agente, em detrimento do patrimônio público, mantida a conduta ilegal, igualmente resta comprovada o especial fim de agir previsto nos §§1º e 2º do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, incluídos pela Lei nº 14.230/21.

²⁷ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A recomendação administrativa como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). *Temas Atuais do Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 520.

²⁸ ÁVILA, Thiago André Pierobom de; MARTINS, Teofábio Pereira. *A recomendação ministerial como possível instrumento de delimitação do dolo da improbidade administrativa*. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/a-recomendacao-ministerial-como-possivel-instrumento-de-delimitacao-do-dolo-da-improbidade-administrativa>. Acesso em: 18 jun. 2023, p. 24.

Dolo específico na improbidade administrativa: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova

Assim sendo, uma vez expedida a recomendação dando ciência ao agente público sobre a ilegalidade de sua conduta, de um lado, o dano ao patrimônio público por ela causado e, de outro, o benefício auferido pelo próprio agente público ou terceiro, e optando ele por manter a conduta tida como ilegal e violadora dos preceitos primários dos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92, o Inquérito Civil que serviu de lastro para a sua expedição será o suporte probatório para a propositura de futura ação de improbidade administrativa:

Posto isto, fica demonstrado que, expedida a recomendação e restando esta descumprida pelo agente público, o dolo da improbidade administrativa, ou seja, o saber e querer praticar o ato ímprobo estará devidamente comprovado, de forma que o procedimento no qual foi expedida a recomendação poderá validamente lastrear o acervo probatório que sustenta a posterior ação civil pública de responsabilização.²⁹

Sob o viés prático, podemos citar como exemplo hipótese em que o Município recebe servidores públicos cedidos de outros órgãos, de forma onerosa. Nessa hipótese, o Município cessionário irá ressarcir os cofres do órgão cedente no valor equivalente à remuneração do servidor que lhe foi cedido. Não obstante, o Município cessionário, além de ressarcir o órgão cedente, efetua o pagamento de nova remuneração a esse servidor cedido que, ao fim e ao cabo, terá percebido dupla remuneração: uma pelo órgão cedente e outra pelo órgão cessionário, em contrapartida ao serviço prestado tão somente ao órgão cessionário.

Tal irregularidade evidenciaria verdadeira situação de acumulação ilícita de cargos, vedada pelo artigo 37, XVI, da CRFB/88, sendo certo que o servidor público cedido somente teria a função em um dos órgãos públicos, acarretando enriquecimento ilícito para o servidor público cedido em detrimento de dano ao erário do Município cessionário, que arcaria com o pagamento de dupla remuneração pelo desempenho de uma única função.

Instaurado Inquérito Civil no qual foram reunidos elementos que comprovem que, efetivamente, estaria ocorrendo esse dano ao erário, a expedição de Recomendação pelo Ministério Público na instrução deste Inquérito Civil irá expor a ilegalidade da conduta do agente público administrador que efetua o pagamento em duplicidade e, com isso, causa efetivo dano ao patrimônio público ao permitir e concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente, o que tipifica a conduta de ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10, XII, da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/21.

²⁹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de; MARTINS, Teofábio Pereira. *A recomendação ministerial como possível instrumento de delimitação do dolo da improbidade administrativa*. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/a-recomendacao-ministerial-como-possivel-instrumento-de-delimitacao-do-dolo-da-improbidade-administrativa>. Acesso em: 18 jun. 2023, p. 25.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

[...]

XII - *permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;*³⁰

Outrossim, em Recomendação expedida pelo Ministério Público direcionada ao servidor público cedido, irá expor a ilegalidade de sua conduta, considerando a dupla percepção de vencimentos em contrapartida ao exercício de uma única função pública. Assim, a vantagem patrimonial indevida deste servidor público cedido, em razão do exercício de cargo no Poder Executivo, irá gerar o seu enriquecimento ilícito, o que tipifica a conduta de ato de improbidade administrativa prevista no artigo 9º da Lei nº 8.429/92.

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em *enriquecimento ilícito auferir*, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de *vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo*, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)³¹

Uma vez cientes da ilicitude de suas condutas, tanto o agente público administrador quanto o servidor público cedido, a partir da Recomendação expedida pelo Ministério Público no bojo de Inquérito Civil, e não adotada qualquer medida por qualquer um deles para que seja cessada a ilegalidade dos atos praticados, restará comprovada a vontade livre e consciente do agente público em permitir que o servidor público cedido enriqueça ilicitamente, tipificando sua conduta no artigo 10, XII, da Lei nº 8.429/92 e, a par e passo, restará patente a vontade livre e consciente do servidor público cedido em obter vantagem patrimonial indevida gerando o seu enriquecimento ilícito, tipificando sua conduta no artigo 9º, *caput*, da Lei nº 8.429/92.

³⁰ BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 18.06.2023. *Grifos nossos*.

³¹ BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 18.06.2023. *Grifos nossos*.

Dolo específico na improbidade administrativa: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova

Por outro lado, não havendo a expedição de Recomendação que indique a ilicitude da conduta do agente público administrador e do servidor público cedido, a prova do dolo específico de violar o disposto, respectivamente, no artigo 10, XI e artigo 9º, da Lei nº 8.429/92, restará mais difícil de ser produzida, senão impossível.

Com efeito, somente a partir de outros elementos que conduzam a conclusão de que o administrador, já ciente de que sua conduta era ilegal e se amoldava ao disposto no artigo 10, XII, da Lei nº 8.429/92, assim como do servidor público cedido, em relação ao artigo 9º, *caput*, do mesmo diploma legal, é que seria possível comprovar o dolo específico de ambos agora exigido pelo artigo 1º, §2º, da Lei nº 8.429/92. Essa prova poderia ser obtida se houvesse parecer nesse sentido da Procuradoria ou da Controladoria, ambos do Município, durante a tramitação de procedimento administrativo de cessão do servidor público. No entanto, não havendo, somente a partir da Recomendação é que será possível se extrair o dolo específico da conduta do agente público administrador e do servidor público cedido, considerando que não basta mais a simples violação aos dispositivos legais, precisando haver prova da consciência da ilicitude do agente.

Outrossim, no caso em tela, a mesma Recomendação, ao mesmo tempo em que expõe a ilicitude da conduta dos recomendados, demonstra que a manutenção desta conduta traz benefícios a terceiros – no caso, ao servidor público cedido. Sendo assim, uma vez mantida a conduta ilícita, igualmente restará preenchido e comprovado o requisito previsto nos §§1º e 2º do artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

5. Conclusão

As inovações legislativas trazidas pela Lei nº 14.230/21, a despeito da justificativa do legislador de trazer maior segurança jurídica, podem ser traduzidas, na realidade, em verdadeiro retrocesso no combate à improbidade administrativa e à corrupção.

Nesse sentido, a configuração de ato de improbidade administrativa restou sobremaneira dificultado, rompendo com a jurisprudência sufragada durante décadas pelas Cortes Superiores.

Para que um ato seja tipificado como improbidade administrativa, a par de sua gravidade, deve restar comprovado o dolo específico do agente público no sentido de conscientemente querer praticar ato que importe em enriquecimento ilícito (artigo 9º), cause prejuízo ao erário (artigo 10) ou atente contra os princípios da Administração Pública (artigo 11).

Para além, deverá restar comprovado que a conduta do agente tinha a finalidade de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem (§§1º e 2º do artigo 11).

A produção de prova do dolo específico agora exigido é excepcionalmente difícil de ser produzida, podendo situações que importem em grave prejuízo ao erário restarem impunes.

Nesse sentido é que se propõe a utilização da Recomendação expedida pelo Ministério Público como instrumento eficaz para a comprovação do dolo específico exigido pela atual legislação.

E isso porque se aponta a inadequação da conduta do recomendado e sua possível tipificação em ato de improbidade administrativa. Não sendo adotadas medidas pelo gestor, no sentido de cessar a ilegalidade ou de convencer o Ministério Público do acerto de sua conduta, ficará ele sujeito à propositura de ação de improbidade administrativa, a qual será instruída com o Inquérito Civil no qual expedida a Recomendação.

A partir da Recomendação estará o recomendado ciente da ilegalidade de sua conduta e que esta importa em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou atenta contra os princípios da Administração Pública, gerando benefício para si ou para outrem. Mantida a conduta, a partir da Recomendação, passa o recomendado a agir com a intenção de violar o disposto nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92 em benefício próprio ou alheio.

Referências bibliográficas

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. *Ministério Público em ação*. Atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de; MARTINS, Teofábio Pereira. *A recomendação ministerial como possível instrumento de delimitação do dolo da improbidade administrativa*. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/a-recomendacao-ministerial-como-possivel-instrumento-de-delimitacao-do-dolo-da-improbidade-administrativa>. Acesso em: 18 jun. 2023.

BONFIM, Gilberto; FARIA, Renato Maia de; BARBOSA, Rodrigo Cesar. *Evidenciação de dolo e má-fé na improbidade administrativa pela recomendação do Ministério Público*. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/3012>. Acessos em: 17 e 18 jun. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 164, de 28 de março de 2017*. 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: 17 jun. 2023.

_____. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021*. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 17 jun. 2023.

Dolo específico na improbidade administrativa: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial 1.512.085/SP*. Constitucional e Administrativo. Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa. Contratações sem concurso público. Ofensa à exigência constitucional e aos princípios que regem a administração pública. Art. 11 da Lei 8.429/1992. Reconhecimento de dolo genérico. Relator: Min. Hermann Benjamin, 2 de agosto de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 17 jun. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Recurso Especial 1.926.832/TO*. Processual civil e administrativo. Recurso especial representativo da controvérsia. Improbidade. Contratação de servidor temporário. Autorização. Lei local. Dolo. Afastamento. Relator: Min. Gurgel de Faria, 11 de maio de 2022. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 3 jun. 2023.

CAPEZ, Fernando. *O dolo penal na improbidade administrativa*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/controversias-juridicas-dolo-penal-improbidade-administrativa>. Acesso em: 17 jun. 2023.

FERNANDES, Jose Carlos. *Considerações sobre a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito da Proteção a Probidade Administrativa: impactos da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, à luz da Constituição da República*. Disponível em: <https://ammp.org.br/consideracoes-sobre-a-retroatividade-da-lei-mais-benefica-no-ambito-da-protacao-a-probidade-administrativa-impactos-da-lei-no-14-230-de-25-de-outubro-de-2021-no-rol-do-art-11-da-lei-de-improbidade/>. Acesso em: 4 jun. 2023.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. *O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80715/77056>. Acesso em: 18 jun. 2023.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A recomendação administrativa como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (org.). *Temas Atuais do Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2013.

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

_____. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa: Lei 14.230, de 25.10.2021 comentado artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa: críticas ao Projeto de Lei do Senado nº 2505/2021*. Disponível em <https://www.anpr.org.br/impressao/artigos/25560-sistema-de-responsabilizacao-pela-pratica-de-atos-de-improbidade-administrativa-criticas-ao-projeto-de-lei-do-senado-n-2505-2021>. Acesso em: 4 jun. 2023.

SAMPAIO, Melissa Di Lascio; ESTEVES, Suzane Ramos Rosa. *Repercussões da nova lei de improbidade administrativa nos processos administrativos disciplinares: análise doutrinária e das jurisprudências administrativa e pretoriana*. Disponível em <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/1319/1408>. Acesso em: 3 jun. 2023.





*Microsistema de probidade
administrativa – Lei de
Improbidade Administrativa – }
Acordo de não-persecução cível*



Acordo de Não Persecução Cível na Lei de Improbidade Administrativa

Renato de Lima Castro*

Sumário

1. Introdução. 2. Aspectos gerais do Acordo de Não Persecução Cível. 3. Pressupostos de aplicação do Acordo de Não Persecução Cível. 3.1. Contornos normativos. 3.2. Caracterização administrativa do Acordo de Não Persecução Cível como ato discricionário. 3.3. Momento para propositura do Acordo de Não Persecução Cível. 3.4. Legitimidade concorrente e utilização de prova coligida. 4. Escolha das sanções a serem impostas. 4.1. A avaliação da magnitude do injusto ímprobo na escolha das sanções. 4.2. Possibilidade de intervenção judicial na sanção acordada: hipótese excepcional. 4.3. Eventuais limites às espécies de sanções: renúncia a direitos fundamentais. 5. Acordo de Não Persecução Cível e colaboração premiada: aproximações e distinções. 6. Conclusões.

Resumo

O estudo proposto destina-se a investigar o acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. Serão analisados os pressupostos formais e materiais para sua concretização, bem como vários problemas teóricos que serão objeto de constante preocupação doutrinária, tais como: legitimidade concorrente; espécies de sanções cabíveis de serem propostas; necessidade ou não de homologação judicial; distinções entre acordos de não persecução e compromisso de acordo de conduta e outros. O método é o dedutivo, por meio da análise de leis, livros, artigos jurídicos e orientações jurisprudenciais

Abstract

The proposed study aims to investigate the civil non-persecution agreement on Administrative Improbability Law ("Lei da Improbidade Administrativa"). It will be analyzed the formal assumptions and materials for its concretization, as well as various theoretical problems that will be object of constant doctrinal concern, such as: competing legitimacy; types of suitable sanctions to be proposed; necessity or not of judicial homologation; distinctions between non-persecution agreements and commitment to conduct

* Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá. Pós-graduado em Direito Penal e Econômico e Europeu, Coimbra. Promotor de Justiça titular do Ministério Público do Estado do Paraná.

agreements, and others. The method is the deductive, through the analysis of laws, books, legal articles, and jurisprudential guidelines.

Palavras-chave: Direito administrativo sancionador. Acordo de Não Persecução. Sanções aplicáveis.

Key words: *Administrative law sanctioning. Non-persecution agreement. Applicable sanctions.*

1. Introdução

A Lei nº 13.964, sancionada no dia 24 de dezembro de 2019 (pacote anticrime), trouxe inúmeras alterações na legislação brasileira. Embora algumas disposições tenham sido, de fato, importantes para o combate à criminalidade, é certo que o então projeto proposto pelo Ministro da Justiça sofreu significativas alterações que desnaturaram os propósitos originalmente almejados.

Não é este, todavia, o momento em que serão abordadas referidas alterações. Busca-se neste artigo analisar, exclusivamente, as mudanças promovidas pelo pacote anticrime na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429/92), especificamente quanto a admissão do acordo de não persecução cível.

Assim, o pacote anticrime, ao tempo em que revogou o parágrafo primeiro do art. 17 da mencionada Lei de Improbidade Administrativa, que vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações previstas nesta lei especial, admitiu o acordo de não persecução cível, nos termos desta lei.¹

Vale observar que as disposições legais que implementariam as situações legitimadoras do acordo de não persecução cível foram vetadas pela Presidência da República, cujo veto foi mantido pelo Congresso Nacional.

Portanto, a significativa alteração de postulados fundamentais até então concebidos pela Lei de Improbidade Administrativa, correspondente à não aceitação de qualquer transação, acordo ou conciliação em razão da indisponibilidade do direito resguardado por este ramo do direito administrativo sancionador, foi apenas parcialmente regulado pelo Pacote Anticrime, já que, de um lado, previu o instituto da não persecução cível; e, por outro, não estabeleceu seus pressupostos de atuação, tal como ocorreu no acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A, do Código de Processo Penal.

Nesse viés, será necessário verificar se a ausência da previsão dos pressupostos de admissão do acordo de não persecução civil na Lei de Improbidade Administrativa

¹ Sobre uma ótima reflexão acerca de soluções consensuais de conflito, vide “Solução Extrajudicial de Conflitos na Proteção do Patrimônio Público e da Probidade Administrativa”, de autoria de Cláudio Smirne Diniz e Eduardo Cambi, publicado em Revista dos Tribunais, vol. 994/2018, p. 49–69, ago./2018.

inviabiliza a adoção do instituto. E, com a possibilidade de sua utilização, delinear as normas que o orientam, com seus contornos e limites de aplicação.

Pretende-se, também, averiguar quais são os elementos do acordo de não persecução cível, conceito, natureza jurídica, alcance e limites, a partir dos princípios fundamentais que gravitam no microsistema do direito administrativo sancionador. Deve-se, outrossim, divisar institutos como acordo de não persecução cível e compromisso de ajuste de conduta, com seus respectivos objetos e pressupostos.

Visa-se, por derradeiro e de *lege ferenda*, a apontar alguns referências para aplicação do acordo de não persecução na improbidade administrativa, quer porque se trata de instituto recente e, por isso, comporta acurado exame, quer para identificar pressupostos de estabelecimento ou, ainda, para demarcar os limites de atuação dos órgãos acometidos do poder-dever institucional de coibir atos de improbidade administrativa.

Para cumprir esse propósito, existem diversos problemas que devem ser objeto de reflexão, quais sejam indagar se o acordo de não persecução civil por um colegitimado vincula outros que também detenham legitimidade; se o referido acordo trata-se de um ato administrativo vinculado ou discricionário, bem como se o eventual cumprimento de seus requisitos gera direito subjetivo à sua obtenção; verificar se há plena liberdade de proposição de quaisquer das espécies de sanção decorrentes do ato ímprobo ou se algumas delas apenas podem ser impostas com o transcurso do devido processo legal, sucedido de uma condenação transitada em julgado.

Também se tem como problema quanto ao momento de proposição do acordo de não persecução na esfera da improbidade administrativa, bem assim se há ou não irrenunciabilidade de direitos fundamentais quando da aceitação de qualquer espécie de sanção decorrente do ato de improbidade administrativa.

Realiza-se, outrossim, breve abordagem acerca dos limites eventualmente impostos ao proponente do acordo de não persecução na proposição das espécies de sanções advindas da prática do ato de improbidade administrativa.

Por derradeiro, apresenta-se algumas aproximações e distinções entre o acordo de não persecução civil e a colaboração premiada no âmbito da improbidade administrativa.

Ao fim, as principais conclusões extraídas do estudo proposto são explicitadas.

2. Aspectos gerais do Acordo de Não Persecução Cível

O acordo de não persecução cível estabelecido pelo Pacote Anticrime, com a inserção do art. 17, § 1º da Lei nº 8429/1992, consiste na possibilidade do legitimado à proposição da ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa realizar um negócio jurídico com o autor do fato ímprobo, na fase da investigação ou mesmo após a formulação da pretensão acusatória (antes ou após o recebimento da petição inicial), destinado a imposição de uma ou algumas sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Em contrapartida, o autor do fato ímprobo não se submete ao processo, evitando todos os ônus dele advindos, entre os quais

honorários de advogado, medidas assecuratórias patrimoniais, procrastinação do processo em decorrência da morosidade da justiça.

Reputa-se necessário, entretanto, o estabelecimento de determinados critérios objetivos, que se caracterizam em verdadeiras barreiras de contenção doutrinária, destinadas à proba e eficiente utilização do instituto da não persecução civil, já que sua finalidade precípua deve ser o aprimoramento de mecanismos para fortalecer a proteção dos bens jurídicos resguardados pela Lei de Improbidade Administrativa.

Apontada estas breves considerações iniciais, há que se estabelecer algumas distinções conceituais do acordo de não persecução civil, compromisso de ajuste de conduta, colaboração premiada na improbidade administrativa e acordo de leniência.

Nesse cenário, como o Pacote anticrime alterou o art. 17, § 1º da Lei nº 8429/92, ao prever o acordo de não persecução civil sem delimitação de seu campo de abrangência, entende-se que, para fins de delimitação dos pressupostos de atuação, deve-se nominar acordo de não persecução civil como gênero, para abarcar todas as espécies abstratamente previstas na legislação, sendo espécies: compromissos de ajustamento de conduta; acordos de não persecução em sentido estrito não instrumentais e acordos de não persecução civil de caráter instrumental.² Estes se concretizam nas colaborações premiadas ocorridas na improbidade administrativa ou no acordo de leniência. Já os acordos de não persecução em sentido estrito não instrumentais são aqueles que não exigem qualquer espécie de colaboração do autor do fato ímprobo. Recaem sobre os atos de improbidade administrativa de gravidade média/grave, ou de escassa gravidade, que são as modalidades de ato de improbidade de menor potencial ofensivo.

Note-se que, no TAC, em decorrência de sua limitação legal contida na Lei de Ação Civil Pública e na Resolução nº 179/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, o titular da pretensão poderá firmá-lo sem disponibilização do direito material, limitando-se o acordado ao prazo ou forma de cumprimento da obrigação pactuada. Assim, *v.g.*, no parcelamento dos danos causados ao erário, ou do pagamento da multa imposta, parcela-se, sem disponibilidade do direito. O TAC, assim, pode ser efetivado a qualquer tempo.

Já no acordo de não persecução civil em sentido estrito não instrumental, várias situações podem ocorrer. A uma, o ato de improbidade administrativa é dotado de escasso desvalor de comportamento e de resultado e que, segundo o princípio da proporcionalidade, assim como a eficiência administrativa, legitimam que o Ministério Público, fundado em um juízo discricionário devidamente motivado, justifique o rápido ressarcimento do erário, ou o pagamento de eventual multa imposta, sem a propositura de outras sanções decorrentes do ato de improbidade. Nesta hipótese, firma-se um instrumento, materializado no próprio acordo de não persecução civil, com

² Esta classificação provém do professor de direito administrativo e Promotor Adjunto da Subjur do Ministério Público do Estado do Paraná, Cláudio Smirne Diniz, que muito contribuiu para o aprimoramento das ideias defendidas neste estudo.

antecipação da sanção que, segundo a magnitude do injusto ímprobo, é apropriada à espécie. Este acordo de não persecução cível pode ser na fase da investigação, ou no processo, até a contestação.

Uma segunda hipótese, ainda denominada de acordo de não persecução cível em sentido estrito, pode ter por objeto um ato de improbidade dotado de média ou grande gravidade, em que o titular da pretensão acusatória, após emitir um juízo de valor quanto às espécies de sanções a serem propostas, discriminará no acordo as espécies de sanção propostas, sejam elas de proibição de contratar com o poder público, perda da função pública ou suspensão dos direitos políticos. Note-se que, aqui, os atos normativos a serem estabelecidos, de *lege ferenda*, pelo Congresso Nacional, ou Ministérios Públicos ou Conselho Nacional do MP, deverão disciplinar as hipóteses em que será necessário ou não a confissão, já que, no mais das vezes, sua exigência inviabiliza o acordo de não persecução, sobretudo nas hipóteses em que o autor do fato ímprobo é político ou tem pretensões políticas.

Digno de registro, outrossim, que embora a confissão possibilite o reconhecimento da prática do ato de improbidade administrativa, o que autoriza e legitima a incidência do microsistema punitivo do Estado, com as correspondentes limitações ou restrições aos direitos fundamentais do autor do fato ímprobo (assunto a ser oportunamente tratado), é plenamente possível normativamente estabelecer sua necessidade ou desnecessidade, à vista de determinadas condicionantes estabelecidas na legislação (*de lege ferenda*).

Sem se adentrar no debate a ser desenvolvido, relativamente à ilegalidade ou inconstitucionalidade na proposição de acordo de não persecução de sanções graves (suspensão de direitos políticos/perda da função pública), com a simples homologação judicial, já que na espécie há o exercício da defesa técnica e autodefesa, é possível editar, normativamente e na forma admitida pela disposição contida no art. 190 do Código de Processo Civil, que as partes convençionem cláusulas processuais com ritos abreviados, com cognição probatória abreviada, em que o autor do fato já reconhece e ratifica as provas produzidas durante a fase de investigação, sem a possibilidade da interposição de recursos advindos desta sucessão de atos processuais.

Estas sugestões normativas se destinam, a um só tempo, dotar o direito administrativo sancionador do Estado de maior celeridade e eficiência administrativa, o que propiciará uma duração razoável do processo, com a correspondente satisfação dos direitos por meio de soluções consensuais. O magistrado, equidistante das partes, fiscalizará e exercerá os poderes inerentes à jurisdição, sempre que assim se fizer necessário para a busca de uma solução justa.

Claro que se necessita um olhar proativo para o exercício da jurisdição. Não a vislumbrar como uma necessária sucessão encadeada de atos processuais herméticos. É hora de se conferir aos sujeitos do contraditório maior proeminência e responsabilidade no exercício de seus direitos fundamentais, quer porque seu titular, acompanhado de advogado, pode reconhecer a restrição a direito que lhe pertence, quer porque,

via de regra, é o Ministério Público que figurará em um dos polos do negócio jurídico proposto, no exercício de parcela legítima de função Estatal.

A terceira e última espécie do acordo de não persecução cível, de caráter instrumental, seria a colaboração premiada na improbidade administrativa e do acordo de leniência, que se materializam no poder do titular da pretensão acusatória (ou outro colegitimado), em decorrência de colaboração premiada firmada com o autor do fato delituoso ou fato ímprobo, ou com a pessoa jurídica que, por meio de seus representantes, pratica ato ilícito, renunciar uma, algumas ou todas as espécies de sanção decorrentes da improbidade administrativa ou previstas na Lei Anticorrupção, já que a importância dos elementos probatórios apresentados pelo colaborador são fundamentais ao deslinde da investigação. No acordo de leniência não se faz necessário a homologação judicial, já que inexistente previsão na lei de regência (Lei Anticorrupção nº 12846/13; Lei nº 12569/11 - CADE).

Observe, a propósito, que no acordo de não persecução cível de caráter instrumental, admite-se total disponibilidade das sanções abstratamente previstas na Lei de Improbidade ou na Lei Anticorrupção, já que sua natureza materializa-se em verdadeiro instrumento conferido aos órgãos de persecução do Estado para fins de investigação e descortino de fatos ímprobos.

Pode-se questionar, por outro vértice, se a criação do acordo de não persecução cível trata-se de uma medida salutar no microsistema de proteção da probidade administrativa. É indubitado que a eternização dos processos, somado a infundáveis prescrições de ações penais e de improbidade administrativa criaram um “solo” propício para a promoção e aprovação destas recentes alterações na legislação brasileira. A consensualidade, então, passa a ser fundamental meio da promoção e salvaguarda de direitos coletivos, ainda que alguns deles no passado recente tenham sido marcados com o status de sua indisponibilidade.

Indaga-se, outrossim, se a ausência de expressa previsão na Lei de Improbidade Administrativa dos pressupostos para a efetivação do acordo de não persecução cível inviabiliza sua proposição, diante do veto presidencial e de sua manutenção pelo Congresso Nacional.

A resposta a esta questão é certamente negativa, já que o diálogo das fontes permite a utilização dos referenciais advindos do microsistema penal para o direito administrativo sancionador, quer porque há balizas doutrinárias e jurisprudenciais que certamente servirão como regras intransponíveis e limitadoras de eventuais propostas de não persecução civil desmedidas, quer porque as aproximações decorrentes de microsistemas estatais que consagram o direito de punir do Estado não apenas podem como devem se inter-relacionar.

Para logo, a natureza jurídica do acordo de não persecução cível é um negócio jurídico bilateral *sui generis*, que se aperfeiçoa pela manifestação de vontade em sentidos opostos; de um lado, o Ministério Público ou colegitimado, após a realização de um juízo de valoração firmado na maior ou menor magnitude do injusto, formulará

a proposta de acordo, que consistirá a necessidade de reparação do dano, cumulada com uma ou mais das sanções abstratamente previstas na Lei de Improbidade Administrativa; de outro, o autor (s) do fato ímprobo (s), por intermédio da autodefesa e defesa técnica, poderá aceitar as propostas apresentadas, entabular contraproposta, para, assim, concretizar o negócio jurídico.

É *sui generis* porque: de um lado, há reduzida liberdade das partes intervenientes no negócio, já que as sanções serão proporcionais à maior ou menor gravidade do injusto ímprobo.

Ainda assim, trata-se de negócio jurídico bilateral, entendendo-se que, de um lado, o Promotor de Justiça/Procurador da República ou outros legitimados não são obrigados à sua proposição; de outro, o autor do fato ímprobo não possui direito subjetivo à obtenção da proposta. Este assunto será devidamente retomado em tópico específico.

3. Pressupostos de aplicação do Acordo de Não Persecução Cível

3.1. Contornos normativos

Conforme já foi enfatizado, inexistente, ao menos até o momento, delimitação dos pressupostos necessários ao aperfeiçoamento do acordo de não persecução cível. Esta assertiva, é claro, não se estende ao acordo de não persecução na seara processual penal, que além de admitir sua ocorrência, estabeleceu as condições necessárias à sua aplicação, nos termos do art. 28-A, do Código de Processo Penal.

Embora inexistente no Código de Processo Civil ou mesmo na Lei de Improbidade Administrativa expressa previsão dos requisitos necessários à aplicação do acordo de não persecução cível, ao menos até o momento, entende-se plenamente admissível o diálogo entre os microssistemas penal e administrativo sancionador, que emanam do poder punitivo e sancionatório do Estado (diálogo este que subsistirá até o advento de Lei ou ato normativo dos Ministérios Públicos Estaduais, nacional ou do Conselho Nacional do Ministério Público).

Reconhece-se, assim, que um dos fundamentos desse diálogo não é apenas porque os microssistemas possuem confluências que os aproximam, mas, fundamentalmente, porque, via de regra, a proximidade decorre do fato ilícito comum a partir dos quais consequências sancionatórias destes microssistemas advêm – fato de corrupção pública.

Nesse cenário, conforme já destacado em outra oportunidade, a corrupção trata-se de um ilícito multifacetário³. Com o mesmo comportamento funcional, pode o agente violar vários bens jurídicos protegidos por microssistemas diversos e incorrer em sanções correspondentes a cada ramo jurídico ofendido.

³ CASTRO, Renato de Lima. Colaboração Premiada e Improbidade Administrativa. In: *Revista do Ministério Público/Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 66, out./dez. 2017.

Assim, ao tempo em que o comportamento do agente corrupto é subsumido ao tipo de injusto penal, também se adequa às disposições previstas na Lei de Improbidade Administrativa, bem como está sujeito às sanções decorrentes de infrações disciplinares correspondentes. Ressalte-se que, valendo-se de pessoa jurídica para prática do fato ímprobo, também está submetido ao regramento previsto na Lei Anticorrupção.

Portanto, há um microsistema de proteção, há vários microsistemas (v.g. penal, administrativo) de proteção de bens jurídicos ligados à probidade da Administração Pública, segundo o grau de afetação do bem jurídico lesado, o maior ou menor desvalor de ação e resultado, assim como a maior exigência de conformação típica das ações ou omissões proibidas ou exigidas, segundo os postulados da determinação taxativa, corolário do princípio da reserva legal.

Assim, o ato de corrupção, com suas vertentes penal, civil e administrativa, legitima que os microsistemas de proteção dialoguem, não apenas porque parte do fato comum de corrupção, mas sobretudo porque emanam do poder de punir do Estado e com restrição ou limitação de bens ou direitos para tutela de interesses públicos fundamentais.

Nesse viés, admite-se a plena viabilidade de se utilizar, guardadas as devidas proporções, os critérios exigidos pela disposição processual penal referente ao acordo de não persecução penal, para o instituto de acordo de não persecução cível.

Enfatiza-se que a admissão da utilização da analogia para colmatação do sistema jurídico é apenas admitido na hipótese de ausência de expressa previsão normativa dos pressupostos de admissão do acordo cível. Claro que, de *lege ferenda*, é plenamente admissível e recomendável que haja nova intervenção legislativa, para delimitar os pressupostos do acordo, na seara cível (até que sobrevenha ato normativo emanado dos Ministérios Públicos de cada ente federativo ou do Conselho Nacional do Ministério Público). Até que isso ocorra, reputa-se necessário a utilização da analogia.

Nesse cenário, dispõe o art. 28-A do Código de Processo Penal um conjunto de requisitos para aperfeiçoamento do acordo de não persecução penal, consistentes: reparação do dano ou restituição da coisa à vítima; renúncia a bens ou direitos que forem instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviços à comunidade; pagar prestação pecuniária e cumprimento de obrigação ou condição condizente e proporcional com a prática do ato ilícito praticado.

Assim, reputa-se compatível com a natureza do Ato de Improbidade Administrativa apenas algumas destas condicionantes, sendo elas: eventual confissão do ato ímprobo, com esteio na obrigação genérica admitida pela disposição processual penal, para fins de proposição de sanções de maior gravidade (a confissão, assim, serve como verdadeira premissa de submissão do agente ao regime de responsabilidade e sanção prevista no ordenamento jurídico. Não se recomenda, é verdade, em todas as espécies de atos ímprobos, conforme será oportunamente tratado).

De igual modo, nem sempre haverá um ilícito penal subjacente, já que se pode tratar de ato de improbidade administrativa que se limita a violar os princípios da

administração pública (art. 11, *caput*, da Lei nº 8429/92) ou que cause lesão culposa ao erário, nos termos do art. 10, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa, sem um correspondente típico penal. Todavia, a inexistência do ilícito penal subjacente ao ato ímprobo não inviabiliza o diálogo das fontes entre o direito penal e o administrativo sancionador (improbidade administrativa).

Quanto ao requisito relativo a reparação do dano ou restituição da coisa desviada ou subtraída da vítima (no ato de improbidade, a pessoa jurídica de direito público ou privado que receba subvenção pública), vislumbra-se que é condição necessária para que haja restituição do dano causado ao erário, decorrente da prática do ato ímprobo. Trata-se, na hipótese, da espécie de ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário nos termos do art. 10, *caput*, da Lei nº 8429/92. Então, a reparação do dano limita-se a esse tipo de injusto ímprobo, não sendo exigível nas demais espécies ímprobos (art. 9º e 11):

Por outro lado, nas situações de enriquecimento ilícito, o valor acrescido ilicitamente ou mesmo os bens eventualmente desviados ou subtraídos (peculato) do ente público ou privado que recebe subvenção pública devem ser entregues à Administração Pública.

Outra condição, ainda que genericamente estabelecida pela Lei Processual Penal, é que o acordo de não persecução seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Essa é a regra de prevenção, geral e especial, inerente à sanção penal. Para o correspondente na improbidade administrativa, reputa-se fundamental que a escolha das sanções a serem impostas, além de analisar a magnitude do injusto ímprobo, deve, também, ter como referencial o desestímulo a novas práticas ímprobos, tanto em seu caráter geral quanto especial.

Reprise-se, em sede conclusiva, que embora se preconize, no estudo proposto, a utilização da analogia das regras processuais penais referentes ao acordo de não persecução criminal, força é reconhecer que a Lei, emanada do Congresso Nacional, ou os atos normativos provenientes dos Ministérios Públicos Estaduais ou Nacional ou até do Conselho Nacional do Ministério Público, podem e devem estabelecer pressupostos próprios, diversos daqueles constantes na disposição processual penal, dada as peculiares condições dos atos de improbidade administrativa. Quiçá, a confissão ou reconhecimento da prática do ato de Improbidade administrativa seja apenas recomendável nas espécies de sanções de grande gravidade, tais como suspensão de direitos políticos e perda da função pública, já que, nestas hipóteses, algumas restrições de direitos fundamentais exigem, conforme será oportunamente defendido, que o reconhecimento da prática do fato ímprobo seja um dos antecedentes indispensáveis para a concretização das sanções graves a serem dispostas no Acordo de Não Persecução Cível.

3.2. Caracterização administrativa do Acordo de Não Perseguição Cível como ato discricionário

O acordo de não perseguição cível trata-se de um ato administrativo discricionário porque se incumbe ao legitimado ativo emitir um juízo de valoração e ponderação acerca da conveniência e oportunidade para sua concretização. Exige, assim, verificar se as sanções a serem propostas, proporcionais à magnitude do injusto ímprobo, também previnem, geral e especialmente, novas práticas ímprobas.

Nesse viés, não é possível exigir do legitimado a proposição do acordo. Na qualidade de ato discricionário, não gera direito subjetivo do autor do fato ímprobo à obtenção do acordo de não perseguição. A proposição, ou não, está no espectro de atribuição do titular da função pública, que deverá fundamentar a orientação perseguida.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao esclarecer as características do ato vinculado, afirma que:

[...] esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; nesse caso se diz que o poder da administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.⁴

Adiante, Di Pietro delimita o ato discricionário, como sendo aquele em que:

[...] o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre as várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador [...]⁵

Nessa métrica, o colegitimado, *v.g.*, Promotor de Justiça, possui a faculdade de, à vista da concreta situação a ele submetida, verificar se o acordo de não perseguição cível terá o condão de atingir os fins a que se destina, sobretudo após apropriadamente sopesar se as espécies de sanções são proporcionais ao ato ímprobo praticado. Pode,

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 205.

⁵ *Ibidem*.

ao contrário, verificar que, estrategicamente e para os fins de combate à espécie de ato de improbidade de que se trata, não ser passível de concretizar esse negócio jurídico.

Forçoso é observar, outrossim, que o caráter de ato administrativo discricionário não deslegitima a natureza do acordo de persecução como negócio jurídico bilateral, que pode ter natureza processual ou extraprocessual, dependendo da fase de sua concretização. Sua discricionariedade não é arbitrária, sendo os motivos expostos passíveis de controle na instância ministerial superior (quando o legitimado é o Ministério Público), aplicando-se analogicamente o art. 28 do CPP.

Nesse cenário, o que se defende é a não utilização das prerrogativas institucionais de forma arbitrária, desarrazoada, já que se consubstancia em comportamento inadmissível em um Estado de Direito democrático. Portanto, a ausência de um subjetivo direito à obtenção de acordo de não persecução não significa afirmar a necessidade de aceitação de decisões arbitrárias e respaldadas em meros caprichos da autoridade investigada da função pública.

Registre-se, por fim, que ao afirmar que o acordo de não persecução cível trata-se de ato administrativo, é fato que, de um lado, os demais requisitos do ato administrativo devem estar presentes – competência, finalidade e forma – e, sobretudo, deve ser devidamente motivado, porque em uma República todo ato administrativo, executivo ou judicial, são passíveis de controle (direta ou indiretamente).

3.3. Momento para propositura do Acordo de Não Persecução Cível

É fato que o acordo de não persecução cível deve ter uma limitação temporal para sua propositura, quer porque se deve exigir lealdade dos sujeitos envolvidos, quer porque os princípios da economia, duração razoável do processo e eficiência não admitem que se autorize a realização de uma longa e acirrada discussão probatória, para, ao final, se propor ou não o acordo.

Portanto, embora esta disposição legal constante no pacote anticrime tenha sido vetada pela Presidência República, entende-se que o final do aperfeiçoamento de acordo de não persecução cível deve ser até a contestação. Assim, contestada a ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa, passa a ser inadmissível a formulação do acordo, já que o Estado não pode permitir que, de um lado, o autor do fato ímprobo aguarde o término da instrução para aquilatar a conveniência/opportunidade de realizar o acordo de não persecução em sentido estrito ou leniência, já que isso implica, também, violação da eficiência administrativa, economicidade e contribui ainda mais para a morosidade da prestação jurisdicional.

É fato que inexistente uma limitação temporal para a propositura do acordo de não persecução cível. Assim, sugere-se, de *lege ferenda* e para evitar celeumas doutrinárias e jurisprudenciais, que esta matéria seja disciplinada pelos Conselhos Nacionais da Magistratura e do Ministério Público ou, é claro, por nova intervenção legislativa.

3.4. Legitimidade concorrente e utilização de prova coligida

O Presidente da República vetou a disposição legal que conferia exclusiva legitimidade ao Ministério Público na celebração do acordo de não persecução cível. Este veto foi mantido pelo Congresso Nacional. Nessa ordem, aplica-se a teoria geral a respeito do tema, no sentido de que aquele que detém legitimidade para propor a ação civil pública (entes lesados), também detém capacidade de efetivar o acordo de não persecução cível com o autor do fato ímprobo.

Há um problema, todavia, que será objeto de muitas controvérsias. Consiste na legitimidade concorrente para a celebração do acordo de não persecução cível, esteado no mesmo fato ímprobo. Assim, *v.g.*, o titular da Promotoria de Defesa do Patrimônio Público de Londrina firma acordo de não persecução cível com um autor de fato ímprobo. Este acordo, que terá força de título executivo extrajudicial, não vincula os demais concorrentes, que detêm a legitimidade para propor a correspondente ação civil pública pela prática do ato de improbidade administrativa. Idêntica assertiva estende-se à hipótese do acordo a ser efetivado no processo.

Assim, para evitar que um ou alguns dos colegitimados ingressem com ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa já firmado acordo de não persecução com outro legitimado, deve a defesa técnica buscar a reunião dos colegitimados na “negociação”, no sentido de que participem do acordo de não persecução cível e, via de consequência, firmem o Termo de Ajuste de Conduta em conjunto, vinculando-os aos termos do acordo compromissado.

Questão importante, outrossim, é indagar se no acordo de não persecução cível deve constar eventual possibilidade de se utilizar as declarações do colaborador e dos elementos de prova por ele apresentados, para fins de ser, eventualmente, utilizado por outro colegitimado.

A questão tratada é a transversalidade ou não dos termos de colaboração premiada ou do acordo de não persecução cível, segundo a qual se admitirá a utilização das provas apresentadas pelo colaborador ou agente ímprobo, ou suas declarações, em outras instâncias, judicial e administrativa e, como decorrência desta utilização transversal das provas conferidas pelo colaborador (na hipótese de acordo de não persecução cível de caráter instrumental), também admita a redução/isenção de sanções previstas nos demais microssistemas de controle da Administração Pública.

O que se discute, *v.g.*, é se um colaborador que confessa a prática de um fato de corrupção pública, assim como apresenta inúmeros elementos de prova de sua concretização, poderá ter sua confissão, pressuposto da colaboração premiada aperfeiçoada no campo penal e demais provas, transportada para a improbidade administrativa e para a infração administrativa, sem sua anuência expressa no compromisso firmado. Admitido esse “transporte” para outras esferas de responsabilidade, metriticamente também há que se exigir a redução ou isenção das sanções previstas, segundo a extensão e profundidade da colaboração.

Nesse viés, entende-se que ao colaborador assegura-se o direito à não autoincriminação e, via de consequência, o direito constitucional ao silêncio, razão pela qual apenas se pode utilizar as provas contra ele produzidas nos estritos limites de sua aquiescência, fruto do negócio processual aperfeiçoado com o Estado acusação. Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica são sustentáculos desta orientação.

São oportunas as considerações de Anamaria Prates Barroso (2019), segundo a qual:

Quando decide por colaborar, o colaborador opta por não exercer o seu direito à não autoincriminação. O direito fundamental à não autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere* está previsto, expressamente, no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, e no artigo 8º, inciso II, alínea “g”, do Pacto de San José da Costa Rica. Engloba tanto o direito de permanecer em silêncio, quanto o de não ser obrigado, ou induzido, a produzir provas contra si. O § 14 do artigo 4º da Lei 12.850 dispõe que o colaborador deve renunciar ao seu direito ao silêncio. Homologada a delação, o colaborador tem direito subjetivo às sanções premiais acordadas. Entretanto, não pode o colaborador se ver surpreendido com a utilização de suas declarações como meio de prova contra ele em quaisquer outras ações. A colaboração está fincada nos princípios da confiança e da segurança jurídica.⁶

Estas ponderações, é claro, estendem-se a eventuais acordos de não persecução cível, ou seja, é necessário que na hipótese de confissão do fato pelo autor do ato de improbidade administrativa como pressuposto do acordo seja explicitado, em cláusula expressa, a plena transversalidade do acordo ou, eventualmente, conste ressalva quanto a necessidade de manifestação expressa do juízo competente acerca da admissão do empréstimo da prova, em reverência aos princípios da boa-fé e segurança jurídica, exigindo, é claro, que as instâncias administrativas que assim pleiteiem o empréstimo da prova, se comprometam a repercutir, proporcionalmente, na sanção prevista.

Registre-se, uma vez mais, que em decorrência do diálogo das fontes, admite-se a aplicação das normas de direito processual penal e penal ao microsistema do direito administrativo sancionador, até que, eventualmente, surja nova disciplina legal que preceitue requisitos próprios para o acordo de não persecução cível.

Por outro lado, na hipótese da relação jurídica processual já ter sido constituída, necessário se faz chamar os legitimados, como interessados, conforme autorização encartada no art. 17, § 3º da Lei de Improbidade Administrativa, que admite a notificação

⁶ BARROSO, Anamaria Prades. A Transversalidade do Acordo de Colaboração Premiada e seus Efeitos na Demissão do Servidor Público. In: *RBCCRIM*, vol. 157, jul. 2019.

da pessoa jurídica lesada (administração direta ou indireta), para integrar a lide, nos termos do art. 6º, § 3º da Lei de Ação Popular (Lei nº 4717/1965).

Será muito comum, outrossim, que haja dois órgãos de acusação diversos para atuação no fato, um com atribuições para a esfera penal e outro para a da improbidade administrativa, conforme frequentemente ocorre nas Promotorias Criminais e nas Promotorias de Defesa do Patrimônio Público Cível. É evidente que, cada qual no espectro de sua atribuição, pode firmar acordo de não persecução, criminal e cível. O ideal, é claro, sobretudo em decorrência do princípio da unidade institucional, é que estes órgãos de acusação troquem informações e coordenem esforços a fim da promoção de um acordo único, que espalhará seus efeitos na seara penal e civil correspondente.

Não se olvida, é claro, que há independência funcional de cada órgão Ministerial, mas não é menos certo que determinados temas, sobretudo quando ligados ao combate à corrupção pública, precisam ter critérios ou linhas de atuação institucional, hipótese em que se admite uma flexibilização das orientações pessoais em favor da linha institucional adotada.

Este assunto, todavia, é bastante complexo e de difícil trato neste trabalho, eis que extrapola os limites inicialmente propostos. Há que se aprofundá-las, já que o Ministério Público, constituído de uma multiplicidade de membros com diferentes orientações jurídicas e ideológicas, pode e deve estabelecer diretrizes de atuação que, certamente, não maculam o princípio da independência funcional. Ao contrário, fortalece a instituição, conferindo-lhe o status de unidade e de coesão, na persecução dos fins determinados pela Constituição Federal.

4. Escolha das sanções a serem impostas

4.1. A avaliação da magnitude do injusto ímprobo na escolha das sanções

Uma vez escolhida as sanções a serem propostas, acomete-se ao autor do fato ímprobo, devidamente assistido por advogado, aceitar ou não os termos da proposição. Então, embora não se negue a natureza de negócio jurídico entre as partes, entende-se que se trata de um negócio jurídico *sui generis*, já que não há liberdade de escolha arbitrária das espécies de sanção a ser proposta. Há, de fato, uma discricionariedade, que exige a correspondente motivação para ensejar o controle. Acomete-se ao autor do fato ímprobo, assistido por advogado, o direito de aceitar ou não os termos do acordo, sugerindo eventual substituição de uma espécie de sanção por outra.

É claro que os princípios da publicidade, motivação dos atos administrativos e controle exigem que o proponente, ao propor as sanções decorrentes do fato ímprobo, justifique as escolhas abstratamente previstas, segundo o grau de afetação do bem jurídico e o desvalor da ação proibida.

Portanto, para imposição de uma sanção adequada e suficiente pela prática do ato de improbidade administrativa, recomenda Fábio Osório Medina uma percutiente análise do tipo de injusto de improbidade administrativa, decomposto de desvalor de ação e desvalor de resultado, observando que:

Para a reprovação de uma conduta, interessa não só a vontade na ação, mas também seus efeitos [...].

Deve-se ter em conta a finalidade protetiva da norma, assim como a vontade do autor.

Um olhar aos atos de improbidade – atos ilícitos em geral – põe de armanifesto que o conteúdo do modelo de conduta proibida não vem dado exclusivamente pela lesão ou pela exposição a perigo (uma espécie de lesão formal), do objeto do tipo, mas também pelo modo e forma da realização do fato, a estrutura formal da transgressão. Essa dinâmica é aberta, e permite amplos espaços de valoração por parte do intérprete, em busca do juízo fundamentado de censura. Semelhante panorama releva que a ação ou omissão ilícitas devem submeter-se a um juízo de desvalor ético-normativo, redundando na configuração do suporte para incidência da norma tipificatória da improbidade.⁷

Nesse ambiente, a individualização das sanções advindas da prática do ato de improbidade administrativa é permeada, necessariamente, pela emissão de juízo de valor, que recai sobre o tipo de injusto, composto do desvalor de ação e desvalor do resultado (lesão ao bem jurídico tutelado). Sua maior ou menor gravidade serão fundamentais para se aquilatar a(s) sanção(ões) a ser(em) proposta(s) no acordo de não persecução.

Assim, para estabelecer os pressupostos de imputação do tipo de injusto, exige-se, na dicção de Osório:

[o]s componentes pessoais do sujeito desempenham um papel importante na qualificação do grau de reprovação do fato proibido, cada vez mais presentes no ato interpretativo que define e institucionaliza normas sancionatórias. As características pessoais do agente, sua posição funcional, seu papel no marco do funcionamento da Administração Pública podem ter lugar como elementos relevantes desde a perspectiva do modelo normativo

⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 286.

de conduta proibida, no plano institucional concreto, ainda que não venham expressas nos dispositivos pertinentes.⁸

Portanto, as características pessoais do agente público, assim como sua posição hierárquica na estrutura organizacional, são fatores indispensáveis para sopesar, a maior ou menor, a responsabilidade do agente público. Trata-se aqui do desvalor de ação⁹.

Já o desvalor do resultado materializa-se no grau de afetação ou das consequências advindas do ato ímprobo. Assim, vultosos danos à Administração Pública, ou mesmo graves repercussões negativas dela advindas, são inevitavelmente elementos fundamentais a incrementar, a maior, o desvalor do resultado.

Emerson Garcia, com costumeira propriedade, cita lição de Marcelo Caetano quanto à responsabilização disciplinar de agentes públicos, no sentido de que:

[d]evem ser consideradas as circunstâncias agravantes, com influência imediata na fixação da dosimetria das sanções a serem aplicadas ao agente, a produção efetiva de resultados prejudiciais ao serviço, ao interesse geral ou a terceiros nos casos em que fosse previsível como efeito necessário da conduta; a intenção de produzir esses resultados; a premeditação; a combinação ou coligação com outras pessoas para a prática do fato; o ser praticado durante o cumprimento de pena disciplinar; a reincidência; a acumulação de infrações; a publicidade do fato provocada pelo próprio agente; a prática depois de advertido por outro funcionário do caráter ilícito do fato; a categoria superior e o nível intelectual e de cultura etc., sendo atenuantes, "(...) o bom comportamento anterior do agente; o ter prestado serviços relevantes; a confissão espontânea do fato, a provocação de superior hierárquico, o ter sido praticado o acatamento de boa-fé de ordem de superior a que não fosse devida obediência."¹⁰

Estes são, via de regra, os delineamentos gerais da dosimetria das sanções na Lei de Improbidade Administrativa, que serve de ótimo paradigma para o órgão proponente escolher, adequadamente, quais espécies de sanção devem ser sugeridas no acordo. Após a realização desta minuciosa análise, poderá o órgão de persecução propor as sanções aplicáveis à espécie, que poderão ser quaisquer das modalidades

⁸ *Ibidem*, p. 241

⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

¹⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7ª ed. Lúmen Júris, 2013, p. 698/699.

abstratamente previstas na Lei de Improbidade Administrativa, quais sejam: proibição de contratar com o poder público; perda da função pública; multa civil; suspensão dos direitos políticos.

Tem-se que se reconhecer que o princípio da proporcionalidade, implicitamente albergado pela Constituição Federal, exigirá do agente Ministerial que sopesse, fundado na magnitude do injusto (maior ou menor desvalor de ação ou de resultado), quais sanções deverão ser sugeridas ao agente público que violou as disposições disciplinadas pela Lei nº 8429/92.

Por outro lado, poderia se argumentar que o Ministério Público ou outro órgão legitimado não poderia firmar o acordo de não persecução durante a fase de investigação (extrajudicial), porque se excluiria da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito, nos termos do art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal (CF).

É evidente que o Judiciário apenas é chamado a intervir nas hipóteses em que não ocorram a autocomposição. Na estrutura administrativa do Ministério Público, há órgãos de controle superiores, que farão a necessária e crítica avaliação do fato, assim como das consequências dele advindas (sanção proposta). Exige-se, de *lege ferenda*, que os demais legitimados estruturem, administrativamente, a análise das decisões tomadas pelos seus órgãos de execução. O exercício de um legitimado na proposição do acordo de não persecução não inviabiliza o de outro, o que exige uma necessária convergência de atuação ou, ao menos, intercomunicação.

Reputa-se fundamental, outrossim, que o Ministério Público, quando não for o legitimado para firmar o acordo de não persecução, deve atuar como fiscal da lei, nos termos do art. 127, *caput*, da CF.

4.2. Possibilidade de intervenção judicial na sanção acordada: hipótese excepcional

Os sujeitos do contraditório são as partes que entabulam o negócio jurídico, incumbindo-se ao órgão jurisdicional a função de avaliar os aspectos formais do negócio, vale dizer, o cumprimento dos pressupostos de sua admissão, assim como a plena liberdade de vontade do autor do fato ímprobo, cuja vontade deverá ser referendada pela defesa técnica (advogado).

Nesse viés, pautado no sistema acusatório albergado pelo Código de Processo Penal, aqui emprestado analogicamente, não cabe ao juiz intervir na proposição do acordo, tampouco substituir seu conteúdo. Seu papel consiste em verificar a observância do devido processo legal, mediante exame das formalidades legais e dos requisitos jurídicos pertinentes.

Portanto, não é recomendável que se macule o princípio da inércia da jurisdição, intervindo proativamente no negócio jurídico em proposição. Esta afirmação, entretanto, será oportunamente temperada em hipóteses excepcionais, em que o magistrado observe que as sanções propostas e aceitas pelas partes são ostensiva e

gritantemente desproporcionais à gravidade do injusto ímprobo, hipótese em que o órgão investido de jurisdição pode e deve negar homologação.

O autorregramento da vontade das partes vem expressamente admitida no art. 190 do Código de Processo Civil, assim como decorre do sistema acusatório também taxativamente previsto pelo Código de Processo Penal.

Antonio do Passo Cabral bem observou essa nova orientação, ao afirmar que:

[...] essa ideologia claramente incentivadora das soluções negociais parece-nos sinalizar para uma ampliação cada vez maior dos espaços de convencionalidade no direito processual brasileiro. E, pela aplicação analógica autorizada pelo art. 3º do CPP, esta lógica deve incidir não só em relação ao direito processual civil de interesse público ou coletivo, mas também à definição do procedimento no processo penal.¹¹

Enquanto negócio jurídico, as partes deverão discutir as sanções passíveis que serão propostas no acordo de não persecução. É evidente que o proponente do acordo, na escolha da espécie de sanção a ser proposta, estará jungido ao maior ou menor grau de desvalor de comportamento ou de resultado, componentes necessários do injusto decorrente do ato ímprobo.

Claro que, excepcionalmente, poderá o magistrado intervir no acordo de não persecução pactuado, quando houver absoluta e ostensiva violação do princípio da proporcionalidade, ou seja, quando se verificar total incompatibilidade entre a natureza da sanção proposta, frente ao maior ou menor desvalor do fato ímprobo.

Nessa situação o magistrado, visando salvaguardar o princípio da proporcionalidade e esteado no princípio da não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXV, CF), pode negar a respectiva homologação.

É a hipótese, *v.g.*, em que se leva ao Judiciário, para homologação, acordo de não persecução cível que tem como sanções a suspensão de direitos políticos e perda da função pública de vereador pelo fato do agente ímprobo ter passado no supermercado com veículo oficial, a caminho da Câmara Municipal, para comprar alguns produtos de limpeza para sua residência. O fato viola os princípios da impessoalidade e moralidade, mas as sanções impostas no acordo não mantêm proporcionalidade e razoabilidade com o desvalor de conduta e de resultado do ato ímprobo, sendo desproporcionais.

Não é crível que a prática deste ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 *caput*, da Lei nº 8429/92 legitime a perda da função pública ou a suspensão de direitos políticos, diante da sua clara desproporção. Aqui, não se vislumbra outra solução senão ao magistrado negar a homologação, remetendo ao órgão revisor

¹¹ CABRAL, Antonio do Passo. Acordos Processuais no Processo Penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 1, nº 64, p. 81, abr./jun. 2017.

ministerial para apreciar a matéria, com fundamento no art. 28 do CPP, aplicável analogicamente (quando o proponente do acordo é o Ministério Público). Não pode, evidentemente, substituir ao órgão acusatório e propor a sanção correspondente, porque estaria em exercício indevido da função jurisdicional.

Note-se que, nos termos do art. 28-A, § 5º do CPP, “Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor, sendo certo que, na hipótese do juiz recusar a homologação, (...) devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia, nos termos do § 8º, do art. 28-A CPP”.

Entende-se, na espécie, que o legislador processual penal não se atentou para o sistema acusatório, possibilitando ao órgão jurisdicional uma intervenção proativa na convencionalidade das partes do contraditório. O Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, incumbindo-lhe verificar se, de fato, as condições fáticas são legitimadoras da proposição de não proposição. Assim, seria recomendável, *de lege ferenda*, que se estabelecesse na legislação processual penal encartada no § 14º do art. 28-A, CPP, segundo a qual “No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”.

Assim, preconiza-se, neste estudo, que os eventuais atos normativos dos Ministérios Públicos ou do Conselho Nacional do Ministério Público disponham de modo diverso da disposição processual penal, no sentido de que, diante da não homologação do acordo de não persecução cível pelo órgão investido de jurisdição, e diante da insistência do Promotor de Justiça de manter seu posicionamento, remeter o fato à apreciação do Conselho Superior, que poderá insistir na proposição do acordo de não persecução cível, ou designar outro Promotor de Justiça para que ofereça a denúncia, já que se assegura a independência funcional do agente Ministerial.

4.3. Eventuais limites às espécies de sanções: renúncia a direitos fundamentais

O que se discute é investigar se há plena liberdade de proposição de todas espécies de sanções decorrentes do ato ímprobo ou se, na hipótese de suspensão dos direitos políticos ou perda da função pública, exige-se o transcurso do devido processo legal, com a respectiva prolação de uma sentença condenatória. De igual modo, há que se analisar se o cidadão pode, livremente, renunciar ao exercício de direito fundamental, já que a participação do cidadão nas decisões políticas fundamentais é pressuposto da República (art. 1º da CF).

Nesta vertente, poderia se argumentar pela inadmissibilidade de se propor a suspensão de direitos políticos ou a perda da função pública no acordo de não persecução cível, quer porque se trata de direito político, ativo e passivo, que se

materializa em prerrogativa indissociável de todo cidadão em qualquer Estado Democrático de Direito, quer porque o direito ao trabalho é também direito fundamental de matiz social (art. 7º da CF).

O problema, todavia, deve ser analisado sob vertente diversa. Ao tempo em que se admite a limitação ou restrições de direitos fundamentais, consoante será oportunamente defendido, forçoso é reconhecer que, na hipótese, tem-se uma limitação a direitos fundamentais decorrentes de uma manifestação de vontade livre e consciente do agente ímprobo, pressuposto de sua ação livre e responsável, assim como do exercício da própria pretensão de punir do Estado, fruto do poder-dever que lhe é imposto pela Constituição Federal e leis infraconstitucionais, para salvaguardar a convivência pacífica do homem em sociedade.

As sanções impostas pela prática de fato ilícito, penal ou decorrente do ato de improbidade administrativa, provêm do exercício do poder punitivo do Estado, que recebe do titular do poder (povo) o dever de resguardar os valores fundamentais do homem, mediante a ameaça de uma sanção.

Assim, ao tempo em que o Estado tem o dever de respeitar os direitos fundamentais de autores de fatos ilícitos, em igual medida, necessita salvaguardar os bens jurídicos de titularidade das vítimas, sob pena de uma proteção ineficiente dos valores constitucionais.

Enfatizam Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, com habitual propriedade, que:

[o] princípio da proporcionalidade é concebido tradicionalmente como um instrumento para controle de excessos no exercício do poder estatal, visando a conter o arbítrio dos governantes. Porém, no cenário contemporâneo, sabe-se que os poderes públicos têm funções positivas importantes para a proteção e a promoção dos direitos e a garantia do bem estar coletivo. Hoje, compreende-se que o papel do Estado atuar positivamente para proteger e promover direitos e objetivos comunitários, e que ele ofende a ordem jurídica e a Constituição não apenas quando pratica excessos, intervindo de maneira exagerada ou indevida nas relações sociais, mas também quando deixa de agir em prol dos direitos fundamentais ou de outros bens jurídicos relevantes, ou o faz de modo insuficiente. Nesse contexto, há quem defenda que o princípio da proporcionalidade pode também ser utilizado para combater a inércia ou a atuação deficiente do Estado em prol de bens jurídicos tutelados pela Constituição.¹²

¹² SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 482.

Nesse cenário, pode-se afirmar que a imposição de sanção decorrente do fato ilícito (na espécie, ímprobo) trata-se de simples emanção do poder punitivo do Estado, sendo ato de coação que decorre do exercício de seu poder de cumprir as regras de comportamento previstas no sistema jurídico. O exercício desta pretensão punitiva nasce no exato momento em que o agente, dotado de plena liberdade de ação e capacidade de autodeterminação, resolve praticar o injusto ímprobo, consciente que estará sujeito a uma sanção prévia, escrita e taxativa (princípio da legalidade).

Portanto, sua submissão às sanções previamente descritas nos microsistemas punitivos do Estado tem como conteúdo fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente resguardado no art. 1º da CF, porque decorre do livre arbítrio que se confere ao homem para atuar em conformidade ou desconformidade com o direito.

A força normativa deste princípio também espraia seus efeitos na possibilidade do autor do fato aceitar as sanções decorrentes do fato ímprobo praticado, após a emissão de um juízo de valor quanto aos prováveis benefícios de sua admissão (v.g. não submissão a uma relação jurídica processual que se protraia no tempo, constrição de bens, eventuais medidas cautelares de natureza invasiva etc.).

Com efeito, a dignidade da pessoa humana, postulado indispensável de um Estado de Direito Democrático, alicerça e fundamenta a possibilidade do autor de fato ímprobo, devidamente assistido por defesa técnica e no exercício da autodefesa, confessar a prática do ato de improbidade administrativa e aceitar as sanções propostas. Confere-se ao homem, por sua própria condição (ontológica), a plena capacidade de se autodeterminar, de forma responsável. Reputa-se contraditório, que de um lado o Estado tutele constitucionalmente os direitos fundamentais do homem e, de outro, proíba que este mesmo homem, dotado de capacidade e liberdade, não possa decidir como melhor lhe aprouver.

Luiz Regis Prado, esteado no princípio da dignidade da pessoa humana, extrai um conceito material da culpabilidade, ao enfatizar que “deve ser coerente com o conceito de ser humano que inspira o texto constitucional. A Carta Brasileira se funda em uma concepção do homem como pessoa, como ser responsável, capaz de se autodeterminar segundo critérios normativos”¹³. Continua, linhas a frente, enfatizando que:

[...] o conceito de liberdade aqui manejado é um conceito normativo e não metafísico, conforme a Constituição. Nada mais claro. No Estado de Direito democrático e social, o predomínio do ser humano deve ser indiscutível; há de ser sempre o fim precípua de toda atividade estatal. Trata-se de alicerçar, em termos substanciais, a culpabilidade

¹³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 420.

no reconhecimento da dignidade humana, considerando-a como ser livre e responsável, valores imanentes à sociedade democrática.¹⁴

Assim, não é crível que a ordem jurídica, fundada em valores imanentes de um Estado de Direito Democrático, cujo postulado é a dignidade da pessoa humana, não confira a capacidade do homem de se autodeterminar (o que está contido no princípio da ampla defesa), avaliando concretamente se quer ou não aceitar uma sanção antecipadamente proposta pelo Estado acusação, em decorrência da prática de um ato ilícito (ato de improbidade administrativa de escassa magnitude do injusto).

Luiz Roberto Barroso, ainda no exercício da advocacia, foi instado a se pronunciar acerca da eventual possibilidade das testemunhas de Jeová se recusarem a submissão de transfusões de sangue, ainda que em iminente perigo de vida. Nessa ocasião, destacou que “Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela”¹⁵.

Esclareceu Barroso, ainda, que o princípio da dignidade humana deve ser visto sob uma perspectiva social e individual. A dimensão individual da dignidade tem a noção de autonomia seu maior referencial, que se desdobra em múltiplos aspectos. Dois deles, todavia, é que interessam ao tema proposto – capacidade de autodeterminação e condições adequadas para seu exercício. A delimitação conceitual do autor faz-se necessária:

A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. Por trás da ideia de autonomia está um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los. Nem tudo na vida, naturalmente, depende de escolhas pessoais. Há decisões que o Estado pode tomar legitimamente, em nome de interesses e direitos diversos. Mas decisões sobre a própria vida de uma pessoa, escolhas existenciais sobre religião, casamento, ocupações e outras opções personalíssimas que não violem direitos de terceiros não podem ser subtraídas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade.¹⁶

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ BARROSO, Luiz Roberto. *Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 25 maio 2020.

¹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 25 maio 2020.

O segundo aspecto diz respeito às condições para o exercício da autodeterminação, correspondente à "possibilidade de escolhas livres, sendo indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica"¹⁷.

Portanto, vislumbra-se a plena possibilidade de proposição de qualquer espécie de sanção, já que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana confere ao homem plena liberdade de vontade, para fazer ou deixar de fazer o que lhe melhor aprover. Desta liberdade, todavia, advém a necessária responsabilidade pelas decisões tomadas. Então, forçoso é reconhecer que o autor do fato ímprobo, uma vez decidido firmar o acordo de não persecução, livremente (autodefesa) e referendado pela defesa técnica, pode aceitar as sanções que entenda necessária e suficiente, para reprimir e prevenir, o ato de improbidade administrativa por ele praticado.

Acrescente-se, outrossim, que se o autor do fato ímprobo, agente público ou político, tem possibilidade de pedir exoneração ou renunciar seu cargo, também pode decidir, espontaneamente, sair da vida pública, por um período de tempo estabelecido. Por isso, não se vislumbra qualquer óbice que lhe impeça de, livremente, convencionar (acordo) com o proponente do acordo sua exoneração ou renúncia ou mesmo a suspensão de seus direitos políticos.

Por outro lado, acomete-se ao juiz natural a competência para homologar o acordo de não persecução, estabelecido pelas partes proponentes. As sanções pactuadas no acordo serão cumpridas por intermédio da força coativa da jurisdição (v.g. o magistrado, esteado no acordo homologado, expedirá um ofício ao tribunal competente para suspensão dos direitos políticos ou ofício ao ente público determinando a perda da função pública).

Questão que merece observação, outrossim, é a possibilidade de se invocar o art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa, como negação a proposição de suspensão de direitos políticos ou perda da função pública no acordo de não persecução cível. Registre, a propósito, a dicção legal "Art. 20 - A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória."¹⁸

Entende-se, todavia, que apenas por meio de uma açodada e literal interpretação da referida disposição legal poderia se inviabilizar a proposta de suspensão dos direitos políticos ou perda da função pública no acordo de não persecução cível.

Assim, não há dúvida que o art. 20 existe para salvaguardar o cargo do agente público ou político que, uma vez aprovado em concurso público ou vencedor de pleito eleitoral, desempenha função pública e merece uma presunção de legalidade e legitimidade do exercício do cargo, além, é claro, da presunção de inocência garantida constitucionalmente.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de atos de improbidade administrativa. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 de junho de 1992.

Na espécie em comento, ao contrário, inexistente lide. Não há pretensão resistida. O titular do direito reconhece a prática de um ato de improbidade administrativa e decide, livremente, submeter-se às sanções dela advindas.

Pode-se objetar as afirmações aqui esposadas, no sentido de que o direito de votar e ser votado trata-se de uma das garantias fundamentais do Estado de Direito Democrático. Esta argumentação é facilmente contrariada, já que o art. 15, inciso V da Constituição Federal, admite a suspensão dos direitos políticos decorrentes de ato de improbidade administrativa. Assim, registre-se “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.”¹⁹

Nesse ambiente, é pressuposto do acordo de não persecução cível a prática do ato de improbidade administrativa. A Lei de Improbidade Administrativa, em reverência ao princípio da inocência e como presunção de legalidade da assunção ao cargo, eletivo ou provindo de concurso público, exige que as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos apenas se darão se houver trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por outro lado, havendo expressa concordância entre as partes, em um negócio jurídico bilateral, que houve a prática de ato de improbidade administrativa, assim como a aceitação das sanções impostas ao autor do fato ímprobo, não há razão, legal ou constitucional, para sua não aceitação.

Apenas para reflexão, poderia o órgão de persecução cível (proponente do acordo), com o propósito de superar eventuais entraves doutrinários ou jurisprudenciais que defendem a irrenunciabilidade de direitos fundamentais, exigir que o autor do fato ímprobo peça exoneração do cargo público ou político, o que, na hipótese, teria um efeito muito semelhante aos fins almejados no negócio jurídico.

Então, não se entende porque o autor não possa, fundado na consensualidade e liberdade de vontade, reconhecer que o ato de improbidade administrativa foi praticado (confissão) e aceite a imposição das sanções de perda da função pública e suspensão de direitos políticos.

Portanto, em sede conclusiva, reputa-se plenamente possível que o autor do fato ímprobo, desde que, mediante o exercício de defesa técnica e autodefesa, aceite um acordo proposto pelo Ministério Público, correspondente à submissão de sanções de maior gravidade.

¹⁹ BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

5. Acordo de Não Persecução Cível e colaboração premiada: aproximações e distinções

O acordo de não persecução cível trata-se de um negócio jurídico bilateral *sui generis*, já que se confere ao autor do fato ímprobo a possibilidade de negociação de apenas parte do negócio proposto. O proponente do acordo de não persecução cível está vinculado a gravidade do fato ímprobo para propor a sanção. No acordo de leniência, de pessoa física ou jurídica, há negociabilidade sobre todos os termos do acordo a ser firmado, sobretudo quanto a própria sanção proposta, total (isenção ou não imputação) ou parcial (redução de pena).

De outro lado, na leniência, o móvel do colaborador é a obtenção de um benefício do Estado, consistente na redução ou isenção de sua pena, desde que colabore com o deslinde da investigação. De igual modo, fundado na necessidade da investigação ou nos pressupostos estabelecidos na lei penal referencial (Lei nº 12850/2013), pode o titular da acusação optar por uma, algumas ou até mesmo pela ausência de sanção, que serão estabelecidas no acordo de não persecução cível, analogicamente aplicável.

A leniência trata-se de causa geral de redução ou isenção de pena, ou de não imputação penal, dependendo das hipóteses estabelecidas, respectivamente, pelas disposições penais encartadas na Lei nº 9807/1999²⁰ e na Lei nº 12850/2013. Estas legislações serão aplicadas analogicamente ao direito administrativo sancionador, até que sobrevenha atos normativos próprios, consentâneos com as características do direito administrativo sancionador.

É evidente que na leniência há interesses contrapostos. De um lado está o titular da investigação, que almeja descortinar os fatos delituosos e ímprobos investigados, para reprimir ou prevenir novos fatos, ou mesmo localizar pessoas ou bens desviados ou amealhados pelo grupo. De outro, há o interesse pessoal do autor do delito, de reduzir sua pena, em decorrência de sua colaboração.

Ao contrário, já no acordo de não persecução cível em sentido estrito, sua concessão não se condiciona ao proveito a investigação, mas simples proveito dos proponentes, com interesses opostos: de um lado está o Ministério Público (via de regra), com o poder-dever de, após emitir um juízo de valor esteado no princípio

²⁰ Esta Lei estabelece os requisitos a colaboração premiada geral, sendo certo que a Lei nº 12850/13 limita-se a sua aplicação às organizações criminosas. Assim, nos termos da Lei nº 9807/99, dispõe-se que: "Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços".

da proporcionalidade e na magnitude do injusto, propor as sanções necessárias e suficientes. Agrega-se, outrossim, que, ao se antecipar a sanção, resguarda-se a efetividade dos interesses transindividuais, com prevalência dos princípios da economicidade e eficiência administrativa, tendo como primazia o rápido ressarcimento dos danos eventualmente ocasionados ao Estado; para o autor do fato ímprobo, o aperfeiçoamento de um acordo de não persecução cível tem finalidade econômica, evita constrições patrimoniais, não submissão de cautelares de natureza invasiva (busca e apreensão, sequestro de bens) etc.

Na hipótese em que a colaboração na Lei de Improbidade Administrativa ou da Lei Anticorrupção for de tal importância para a investigação, que legitimar a ausência de sanção, certo que o colaborador assumirá o compromisso de confirmar em juízo os fatos por ele declarados, assim como apresentar elementos de prova que confirmem as versões apresentadas aos órgãos de persecução.

6. Conclusões

O acordo de não persecução cível é um negócio jurídico bilateral *sui generis*, firmado entre um dos legitimados e o autor do fato ímprobo, antes ou durante o processo (até a contestação), em que se estabelece uma ou várias sanções decorrentes da prática do ato de improbidade administrativa (art. 12, da Lei nº 8429/1992).

O acordo de não persecução cível pode ser firmado judicial ou extrajudicialmente. É gênero de que são espécies o compromisso de ajustamento de conduta, o acordo de persecução em sentido estrito não instrumental e acordos instrumentais (colaboração premiada na improbidade administrativa; acordo de leniência).

No compromisso de ajustamento de conduta não se admite disponibilidade do direito material, objeto do ajuste. No acordo de não persecução cível em sentido estrito, ao contrário, há margem de disponibilidade.

Diante da ausência de previsão normativa no âmbito processual civil acerca dos pressupostos de aplicação do acordo de não persecução civil, aplica-se, analogicamente e em decorrência do diálogo das fontes, os pressupostos encartados no art. 28-A do Código de Processo Penal, até que sobrevenha regramento normativo específico (*lege ferenda*).

Todos os colegitimados podem firmar o acordo de não persecução cível, mas o aperfeiçoamento por um delês não exclui ou inviabiliza o direito de ação dos demais.

Deve-se constar no acordo de não persecução cível a possibilidade à utilização de elementos de prova dele decorrentes pelos demais colegitimados ou entes públicos, em reverência aos princípios da boa-fé e segurança jurídica.

O acordo de não persecução cível é ato discricionário. Não gera direito subjetivo à sua obtenção. Sua realização exige a devida fundamentação para sua proposição, assim como justificativa das espécies de sanções aplicáveis.

As sanções a serem propostas no acordo de não persecução cível em sentido estrito devem ser proporcionais à magnitude do injusto ímprobo (desvalor de comportamento e resultado), assim como ao caráter de prevenção geral e especial do ato ímprobo. Portanto, a escolha da espécie proposta não é livre ou arbitrária, mas discricionariamente motivada.

Via de regra o órgão jurisdicional limita-se a homologar o acordo de não persecução cível. Excepcionalmente, poderá recusar sua homologação, ao se constatar evidente desproporção entre a sanção proposta frente a magnitude do injusto ímprobo. Aplica-se, analogicamente, o art. 28 do Código de Processo Penal (proponente é o Ministério Público) para reapreciar eventualmente a matéria.

Embora seja admissível a restrição a direitos fundamentais, entende-se que qualquer espécie de sanção pode ser proposta no acordo de não persecução cível, já que a liberdade de vontade é consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que confere ao titular de direitos, a um só tempo, capacidade de autodeterminação e consequente responsabilidade dela decorrente; e a prática de um ato ilícito, livre e responsável, tem como consequência a submissão de seu autor ao exercício da pretensão punitiva do Estado.

Tanto o acordo de não persecução cível em sentido estrito como a colaboração premiada na improbidade administrativa tratam-se de negócios jurídicos bilaterais. Há, todavia, na colaboração premiada, a negociabilidade de todos os seus termos, o que não ocorre no acordo de não persecução cível, que possui finalidades distintas e limitações consentâneas com a natureza deste instituto.

Como a colaboração premiada na improbidade administrativa segue as características da colaboração na seara penal, no sentido de que sua precípua finalidade é de coadjuvação dos órgãos estatais de investigação, a determinação da sanção é proporcional à profundidade e extensão da colaboração, assim como aos meios de prova nela contidas, podendo, a partir de sua extensão e significado para o desenrolar da investigação, estear a redução, isenção ou até a não imputação da acusação em juízo. No acordo de não persecução cível em sentido estrito (não instrumental), ao contrário, as espécies de sanções estão jungidas ao maior ou menor desvalor de comportamento e resultado, componentes do injusto ímprobo, assim como na prevenção, geral e especial do ato ímprobo.



DIREITO
ROMANO

O Direito Sancionador e a Consensualidade por meio do Acordo de Não Persecução Cível

Fabício Rocha Bastos*

Sumário

1. Introdução. 1.1. Situação do tema. 1.2. Histórico da consensualidade na seara da improbidade administrativa. 2. Elementos obrigacionais do Acordo de Não Persecução Cível – sanções e responsabilidade patrimonial. 2.1. Introdução. 2.2. Capítulo reparatório – perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio. 2.3. Capítulo reparatório – ressarcimento ao erário. 2.4. Capítulo sancionatório patrimonial – multa civil. 2.5. Capítulo sancionatório – proibição de contratação e recebimento de benefícios do poder público. 2.6. Capítulo sancionatório – da renúncia (perda) ao cargo público. 2.7. Capítulo sancionatório – da assunção da obrigação de não concorrer aos cargos políticos. 3. Conclusão. Referência bibliográficas.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo apresentar a possibilidade de aplicação consensual do Direito Sancionador decorrente da prática do ato de improbidade administrativa, por meio da celebração do Acordo de Não Persecução Cível. Nesta senda, abordarei todos os elementos obrigatórios e sancionatórios que poderão ser abrangidos pelo referido instrumento.

Abstract

The purpose of this article is to present the possibility of consensual application of the Sanctioning Law resulting from the practice of the act of administrative improbity, through the execution of the Civil Non-Persecution Agreement. In this path, I will address all the mandatory and sanctioning elements that may be covered by that instrument.

1. Introdução

1.1. Situação do tema

Apesar de a imperatividade estatal gerar a concentração do poder coercitivo, não há empecilho, a rigor, para um maior espaço de aplicabilidade da esfera consensual no direito sancionador.

* Doutorando e Mestre pela *Università Degli Studi di Roma Tor Vergata*. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual. Membro do *International Association Of Prosecutors*. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

O incentivo às soluções consensuais gera maior efetividade ao direito sancionador, reduz custos e aumenta a celeridade das resoluções. A consensualidade, portanto, apesar de algumas poucas resistências, é uma das vias mais importantes para conferir eficiência administrativa.¹

Esta nova feição da atividade administrativa sancionadora tem como premissa, também, a maior necessidade de flexibilizar as relações entre os particulares e a Administração Pública², com o fim de minimizar os custos e as consequências negativas e maximizar os benefícios.³

Neste diapasão, surgem duas modalidades, no âmbito do direito sancionador, da consensualidade, devem ser citadas para fins de desenvolvimento do tema: i) *consensualidade de submissão* e ii) *consensualidade de plena transação*⁴.

Na consensualidade de submissão, um dos acordantes deve estar submetido às diretrizes estabelecidas pelo outro, mormente nas hipóteses de indisponibilidade do direito material, como é o caso da improbidade administrativa, de um modo geral.

Na consensualidade de plena transação, há liberdade entre os sujeitos, para a realização da avença, pois estão em situação jurídica de igualdade.

No Acordo de Não Persecução Cível, em minha visão, a situação jurídica é híbrida, pois o modelo poderá abranger tanto hipótese de submissão quanto na de plena transação, a depender das peculiaridades do caso concreto.⁵

Na doutrina, há outra divisão importante a ser considerada, qual seja, tipos de consensualidade no seio da improbidade administrativa: i) consensualidade de restrição à esfera jurídica individual e ii) consensualidade de não restrição⁶. A primeira, por decorrência lógica, é aquela que impõe alguma forma de restrição pessoal ao acordante, como por exemplo a perda da função pública. A segunda modalidade é aquela que tem aspecto eminentemente patrimonial, com contorno reparatório.

A consensualidade, portanto, gera a possibilidade de uma colaboração⁷ entre o sujeito que praticou o ato e a Administração Pública. Com efeito, podem ser identificadas dois elementos: i) elemento retrospectivo da colaboração: reparação dos

¹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense. 16ª ed. ver. e atual., 2014. p.100.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Direito do Estado*, v. 1, 2006, p. 157.

³ TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto. In: (Coord.) MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017. p. 239.

⁴ GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista Síntese*. São Paulo, v. 12, n. 141, Edição especial, p. 542-595.

⁵ TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto. In: (Coord.) MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017. p. 240.

⁶ GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista Síntese*. São Paulo, v. 12, n. 141, Edição especial, p. 542-595.

⁷ TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto. In: (Coord.) MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017. p. 240.

danos causados e ii) elemento prospectivo da colaboração: prevenção da ocorrência de novos atos.

1.2. Histórico da consensualidade na seara da improbidade administrativa

Para que a introdução do tema Acordo de Não Perseguição Cível, doravante ANPC, possa ser finalizada, imprescindível apresentar todo o histórico acerca da (im)possibilidade da aplicação de soluções consensuais na seara da improbidade administrativa.

O presente histórico será devidamente apresentado em momentos:

1º momento – redação original do art. 17, §1º, da LIA: havia uma vedação expressa na lei sobre o uso do acordo, conciliação ou transação, por qualquer instrumento. Diante deste cenário, a maioria da doutrina seguia a literalidade da norma para sustentar a impossibilidade de qualquer forma de solução consensual. Em minha leitura, a vedação versava sobre o cerne do direito material sancionador, mas não deveria alcançar os aspectos periféricos ou secundários, tais como condições de modo, tempo e lugar.

No âmbito da prática da tutela coletiva do patrimônio público, não era raro encontrar exemplos nos quais o Ministério Público recomendava ao investigado a exoneração da função, sob pena de judicialização do tema (nada mais era do que ANPC, mas sem o nome de batismo!), bem como a possibilidade de convencionar o parcelamento ou outra forma de ressarcimento ao erário.

Assim, mesmo à época, havia debate doutrinário acerca do tema.

2º momento – edição da lei anticorrupção (Lei nº 12.846/13): com a edição desta lei, que faz parte do microsistema de combate à corrupção, foram delineados os atos de corrupção (art. 5º) que se confundem, muitas vezes, com os atos de improbidade administrativa, e o acordo de leniência (art. 16).

Ora, a possibilidade de celebração do acordo de leniência na seara do combate à corrupção gerou a indagação imediata: como sustentar a harmonia do sistema com a celebração do acordo de leniência sem que a mesma solução possa ser aplicada na seara da improbidade administrativa?

Tal indagação tem razão de ser, pois não pode ser crível que um ato seja, ao mesmo tempo, qualificado juridicamente como de corrupção e de improbidade administrativa, mas, somente quanto ao primeiro, poder-se-ia sustentar a solução consensual.

3º momento – edição do CPC/15: Com o advento do chamado Novo Código de Processo Civil, foi fixada uma diretriz importante, qual seja, a da busca pela solução consensual dos conflitos, com um claro vetor direcionado para todos os sujeitos processuais (art. 3º, §2º, do CPC). Tal diretriz alterou o procedimento ao determinar, como regra, a citação do réu para comparecer audiência de conciliação e mediação (art. 334, CPC), permitindo, inclusive, tal atuar pela Fazenda Pública (art. 174, do CPC).

A partir de então, ficaria ainda mais factível sustentar o atraso na vedação na obtenção da solução consensual.

4º momento – edição da lei de mediação (Lei nº 13.140/15): a referida lei, de forma expressa, passou a permitir a solução consensual, inclusive, na seara da improbidade administrativa, conforme a previsão no art. 36, §4º. Tal previsão servia de base para sustentar a revogação tácita do art. 17, §1º, da LIA, posto incompatíveis.

5º momento – edição da MP 703/15: a medida provisória, de duvidosa constitucionalidade, diga-se, revogou de forma expressa o art. 17, §1º, da LIA, passando, assim, a permitir a aplicação da solução consensual na seara da improbidade administrativa. Entretanto, tal medida provisória não foi convertida em lei sofrendo a caducidade em maio de 2016, mas mantendo os eventuais acordos celebrados sob a sua égide.

6º momento – edição da Resolução nº 179/17 do CNMP: o CNMP, ao regulamentar procedimento do TAC, fixou dois importantes pontos para o histórico do tema: i) natureza jurídica de negócio jurídico (art. 1º) e ii) possibilidade de celebração do TAC na seara da improbidade administrativa (art. 1º, §2º). Assim, o CNMP passou a adotar, de forma expressa, a solução consensual, ainda que se questione a constitucionalidade da resolução pode afrontar diretamente a LIA.

7º momento – edição da Lei 13.655/18: a lei de introdução às normas do direito brasileiro foi alterada e com isso foi inserido o art. 26 que prevê a possibilidade da celebração de compromisso que pode e deve ser considerado como um TAC com a observância dos requisitos do parágrafo primeiro.

8º momento – edição da Lei 13.964/19: a entrada em vigor da referida lei afastou qualquer possibilidade de se questionar a utilização da solução consensual, pois, além de alterar a redação do art. 17, §1º, da LIA, permitindo o uso do novel ANPC, prevê a possibilidade da realização de audiência de conciliação e mediação no procedimento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa (art. 17, §10-A, da LIA).

Solução que deve ser festejada, pois além de conferir uma maior flexibilidade ao princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade, gera maior efetividade e celeridade na solução das contendas.

Apresentados todos os momentos referentes à “escala evolutiva” da aplicação da solução consensual, serão apresentados os elementos obrigacionais do ANPC para fins de fixação da possibilidade de realização consensual do direito sancionador.

2. Elementos obrigacionais do Acordo de Não Persecução Cível – sanções e responsabilidade patrimonial

2.1. Introdução

O legitimado coletivo que ostenta a possibilidade jurídica para celebrar o acordo de não persecução cível deverá, necessariamente, adotar os seguintes

passos: i) identificação dos sujeitos ativo⁸ e passivo do ato; ii) delimitar o ato, suas consequências fáticas e jurídicas (extensão do dano, gravidade, repercussão etc.)⁹; iii) indicar o elemento volitivo do agente, bem como o seu eventual comportamento durante o deslinde do procedimento (extrajudicial ou judicial); iv) indicar precisamente se deveria ocorrer a persecução sancionatória e reparatória, somente sancionatória ou somente reparatória, pois o acordo deverá ser dividido em capítulos obrigacionais; v) indicar precisamente quais serão as sanções¹⁰ e vi) indicar precisamente a dosimetria a ser aplicada¹¹.

Parte da doutrina afirma que no bojo do acordo de não persecução cível haverá a assunção de obrigações semelhantes às próprias sanções, mas não a sua aplicação direta, pois o acordante reconhece a existência de capítulos obrigacionais, bem como o seu dever jurídico para o respectivo cumprimento.¹²

Os capítulos obrigacionais, que abrangem os sancionatórios e reparatórios, não foram delineados no âmbito do art. 17, da LIA, como cediço, porém a doutrina adota alguns parâmetros que devem ser observados pelos legitimados com o fim de obter a fixação dos elementos necessários para eventual dosimetria e valor final.

Haverá a necessidade de observância da proporcionalidade¹³, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça¹⁴, para a fixação não só da obrigação como também da sua dosimetria, até porque as sanções poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente¹⁵, mormente quando se tratar de hipóteses de menor potencial ofensivo¹⁶.

Poderá ser utilizada como um bom parâmetro, a essência do art. 59, do Código Penal¹⁷, mas, por se tratar de sanção de cunho cível, penso ser mais adequada a utilização das regras previstas na Lei Anticorrupção (art. 7º, da LAC).

⁸ De forma individualizada, nos casos de concurso de agentes.

⁹ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Perseguição Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 95.

¹⁰ SALGADO FILHO, Nilo Spinola. Probidade Administrativa. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 639.

¹¹ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 228.

¹² PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Perseguição Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 101.

¹³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3a ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 522. SALGADO FILHO, Nilo Spinola. Probidade Administrativa. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 638; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2010. p. 188; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2006. p. 120-121; PASSAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 148-149; MARQUES, Sílvio Antonio. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.141.

¹⁴ Resp 507.574/MG e AgRg no Resp 1.376.481/RN.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 383-384. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 392.

¹⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 739.

¹⁷ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1215.

O elemento volitivo do agente, por certo, deverá ostentar um protagonismo nesta senda, ainda mais considerando as consequências fáticas e jurídicas (gravidade do dano e o resultado) de seu atuar, conforme preconiza o art. 944, do Código Civil¹⁸.

Além de toda a análise aqui indicada, a avença deverá sempre conter, claro, conforme as peculiaridades da situação ftica¹⁹, o seguinte: i) ressarcimento ao erário; ii) reversão da vantagem indevida obtida em favor da pessoa jurídica e iii) fixação de multa de até 20% do valor do dano ou vantagem obtida.

Nesta senda, por certo, surgir um questionamento ainda mais complexo para ser solucionado: *quais as sanções, em essência, previstas no art. 12, da LIA, poderão ser objeto do acordo?*

O acordo deverá sempre conter, salvo nos casos de prescrição da pretensão sancionatória punitiva (art. 23, da LIA), alguma sanção prevista no art. 12, da LIA (c/c art. 37, §4, da CR/88), com a observância, claro, da proporcionalidade e da dosimetria (art. 6, §1, da LAC).

O ponto a ser enfrentado aqui é saber quais poderão efetivamente ser convencionadas. Para fins de abordagem, separo as sanções em dois grupos: i) *sanções de indole patrimonial*: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento ao erário, multa civil e proibição de contratação com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (patrimonial indireta) e ii) *sanções funcionais ou pessoais*: perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, renúncia ao mandato eletivo e compromisso de não candidatura.

Quanto ao primeiro grupo de sanções, não há dvidas ou questionamentos acerca do cabimento.

Quanto ao segundo grupo de sanções, há intenso debate em sede doutrinária:

Para uma 1 tese, haverá a impossibilidade da aplicação por ausência de respaldo legal e constitucional (arts. 15, V c/c 37, §4, da CR/88)²⁰, bem como a necessidade de decisão judicial transitada em julgado (art. 20, da LIA)²¹ e, caso o investigado aquiesce a tal avença, seria inexecutvel²².

Para uma 2 tese, haverá a possibilidade de aplicação, pois decorreria diretamente da solução negociada do conflito mediante postura voluntária do investigado e as

¹⁸ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 929. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa*: doutrina, legislação e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 524.

¹⁹ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 86.

²⁰ PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 80.

²¹ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *Reflexões sobre o Acordo de Não Persecução Cível*. Disponível em: <http://www.mpgg.mp.br/boletimdompgg/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>. Acesso em 18 out. 2020.

²² PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 81.

O Direito Sancionador e a Consensualidade por meio do Acordo de Não Perseguição Cível

eventuais objeções decorreriam da solução diretamente judicial, ademais, a solução convencionalizada é uma das vertentes do devido processo legal.²³

A segunda tese conta com a minha adesão, pois trata-se de solução consensual que não gera violação aos direitos fundamentais do acordante e, tampouco, faz parte da cláusula de reserva jurisdicionais. A rigor, não há aplicação direta de sanções, mas assunção de obrigações convencionalizadas entre o legitimado coletivo e o sujeito que praticou o ato.

Caso uma mesma conduta (fato) possa ser tipificada, ao mesmo tempo, em mais de um dos tipos de ato de improbidade administrativa, para fins de celebração do Acordo de Não Perseguição Cível, deverá ser considerada a conduta mais grave, no que tange às sanções²⁴.

Caso o sujeito pratique mais de um ato de improbidade administrativa, desde que contemporâneos, parte da doutrina sustenta a possibilidade da aplicação por analogia do instituto da detração, para que a sanção mais grave absorva a menos grave.²⁵ O Superior Tribunal de Justiça tem julgado neste sentido.²⁶

É um entendimento que observa o postulado da proporcionalidade, porém entendo que o caso concreto deve ser bem avaliado antes de ser afastada qualquer sanção, pois, apesar de os atos serem contemporâneos e praticados pelo mesmo sujeito, podem não ostentar conexão objetiva e, assim, demandariam instrumentos específicos para cada ato praticado.

Posso imaginar o exemplo no qual o ordenador de despesas, deixando de observar regras legais, dispensa a realização do certame licitatório (1º ato de improbidade administrativa) e, ao longo do contrato administrativo determina a realização de sucessivos termos aditivos com aumento de despesas (2º ato de improbidade administrativa). Ora, existe uma nítida conexão objetiva entre os atos de improbidade administrativa que deverão ser objeto de um mesmo procedimento e, por conseguinte, do mesmo Acordo de Não Perseguição Cível.

Por outro lado, fácil imaginar um exemplo no qual o ordenador de despesas, frente à situação de calamidade, determina a realização de diversas contratações de pessoal, bens e serviços sem a necessidade do certame licitatório. Assim, apesar de

²³ ANDRADE, Landolfo. *Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões*. GEN Jurídico, 05 de março de 2020. Disponível em: <http://gen-juridico.com.br/2020/03/05acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 17 out. 2020. No mesmo sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 19 out. 2020.

²⁴ FERRARESI, Eurico. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2011. p. 153; NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 222.

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1007; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2006. p. 121; NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 222.

²⁶ 1ª T., DECl no Resp 993.658/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.03.2010, Dje 23.03.2010.

todas as contratações derivarem do ato anterior, cada contrato deverá ser avaliado individualmente por meio de procedimentos específicos e, também, por Acordos de Não Persecução Cível específicos.

2.2. Capítulo reparatório – perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio

O capítulo referente à perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio²⁷ não ostenta, a rigor, natureza sancionatória, mas reparatória.²⁸

Assim, no Acordo de Não Persecução Cível, deverá constar, conforme a hipótese, como uma obrigação, a reversão dos bens ilicitamente incorporados ao patrimônio do sujeito, assim compreendidos: a) bens licitamente adquiridos com dinheiro desviado do patrimônio público; b) frutos e rendimentos dos bens adquiridos e c) bens de família adquiridos mediante a prática do ato de improbidade administrativa.

A restituição/reversão deverá ocorrer quando os bens desviados pertencam à pessoa jurídica interessada, na forma do art. 18, da LIA.

Não há a possibilidade de acumulação da determinação da perda dos bens e valores adquiridos pelo sujeito com o ressarcimento ao erário, quando a reversão abarcar integralmente os danos suportados pela pessoa jurídica, sob pena da ocorrência de *bis in idem*.²⁹

Nos casos de bens que pertenceram a terceiros, ainda assim, deverão ser destinados à pessoa jurídica, mas não poderá denominar restituição/reversão, porque tal nomenclatura pressupõe que o bem a pertencia anteriormente.

Ainda que o bem pertença ao terceiro, mediante transferência lícita, não haverá empecilho para a sua persecução, seja judicialmente ou por meio do Acordo de Não Persecução Cível, conforme art. 593, do CPC, mormente quando puder ser verificada uma potencial fraude. Claro, que o título executivo, em virtude do vínculo subjetivo, somente deverá ser executado em desfavor daqueles que participaram da sua formação.

Existem soluções simples para isso: i) o proponente deverá exigir, para fins da celebração do Acordo de Não Persecução Cível, que seja indicada toda a listagem dos bens que pertencem ao acordante, bem como aqueles que foram transferidos para terceiros; ii) o proponente poderá instar o terceiro a se manifestar no bojo do procedimento sobre a transferência do bem; iii) o proponente, com base naquilo que

²⁷ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 212.

²⁸ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 212. No mesmo sentido: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.441. Em sentido contrário: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1003.

²⁹ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 214.

foi demonstrado no procedimento ou até mesmo no Acordo de Não Persecução Cível, poderá promover a demanda diretamente em face do terceiro.

2.3. Capítulo reparatório – ressarcimento ao erário

O capítulo referente ao ressarcimento ao erário não pode ser considerado, ao menos em essência, como sendo sancionatório, pois o objetivo é recompor o patrimônio público lesado.

Assim, surge um questionamento interessante com várias implicações práticas: *é condição essencial que o ressarcimento seja sempre integral?*

Considerando a existência do microsistema de combate à corrupção, bem como a norma constitucional do art. 37, §4º, da CR/88, fácil defender a necessidade do ressarcimento ser sempre integral³⁰, sob pena da invalidade do acordo celebrado.³¹

Entretanto, a depender do caso concreto, pode ser acordado o ressarcimento parcial, desde que seja devidamente fundamentado com a indicação precisa dos elementos que foram levados em consideração (elemento volitivo, capacidade financeira do agente, informações fornecidas etc.).³²

Ademais, a pessoa jurídica interessada terá sido devidamente cientificada dos termos da avença com a oportunidade de manifestar-se, portanto, caso não concorde com a fixação do valor parcial, poderá, na forma do art. 17, §2º, da LIA, promover a complementação por meio de demanda própria.³³

Ora, o objetivo final é a obtenção do ressarcimento, mas sem afastar a proporcionalidade que, aliás, também será considerada na esfera judicial (art. 8º, do CPC). Portanto, não pode o Acordo de Não Persecução Cível obter algo que não seria possível de obter na via judicial. Deve existir uma certa congruência entre o objeto do ANPC e aquele que seria possível pela via judicial. Não há a necessidade da identidade de objetos e dosimetria, mas é um parâmetro importante a ser seguido.

Poderá, por exemplo, ser usada, como forma de negociação, a indicação de que na via judicial as sanções serão mais duras que aquelas negociadas no Acordo de Não Persecução Cível.

Por fim, impende destacar a *possibilidade de inserção de capítulo de reparação por danos morais coletivos e danos sociais no ANPC*.

³⁰ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 216.

³¹ PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 76. No mesmo sentido: PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 81.

³² OSÓRIO, Fábio Medina. *Acordos em ações de improbidade*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515662/noticia.html?sequence=1>. Acesso em: 18 out. 2020.

³³ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 216.

A possibilidade do ajuizamento de demanda coletiva com o fim de obtenção de reparação por dano moral coletivo, apesar de certa resistncia doutrinria³⁴, deve ser admitida.³⁵

Considerando que o objeto do ANPC deve ser, ao menos em tese, o mesmo que poderia ser deduzido em juízo, no haverá maiores dificuldades em sustentar a sua estipulaço, ainda mais diante da voluntariedade do instrumento.³⁶ Trata-se, claro, de um capítulo autônomo e cujo valor deverá ser destinado à pessoa jurdica interessada, na forma do art. 18, da LIA.

É facilmente demonstrável a possibilidade deste tipo de dano nos casos de violação ao patrimnio cultural imaterial, ao patrimnio imaterial de determinada coletividade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.³⁷

Em nosso ordenamento jurdico, podem ser apontadas as seguintes normas jurdicas que fundamentam a possibilidade do dano moral coletivo: a) art. 5º, X, CR/88; b) art. 1º, *caput*, LACP e c) art. 6º, VI, CDC.³⁸

Defendo³⁹, também, a possibilidade de ser requerida a reparação por dano moral no bojo da demanda de improbidade administrativa quando for narrada lesão à moralidade e probidade, conforme reconhecido pelo próprio STJ.⁴⁰

O STJ, seguindo a linha da doutrina majoritária, também admite a possibilidade de reparação por dano moral coletivo, desde que exista a demonstração de que houve efetiva lesão a valores coletivos.⁴¹

³⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 41-43.

³⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 351. LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 270.

³⁶ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 215.

³⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 351.

³⁸ GÖES, Gisele. O pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério Público. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 470-481. RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 25, p. 81. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurdico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, v. 12, p. 50.

³⁹ BASTOS, Fabrcio Rocha. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Foco, 2018. p. 345.

⁴⁰ REsp 1681245/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., j.15.08.2017, Dje 12.09.2017. Na doutrina, vale mencionar: MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei de Ação Civil Pública. Revisitada, artigo por artigo, à luz do Novo CPC e Temas Atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 85.

⁴¹ 2ª Turma, AgRg no AREsp 809.543/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 08.03.2016, Dje 15.03.2016; REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 02.02.2012, Dje 10.02.2012; REsp 1.145.083/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Dje 4.9.2012; REsp 1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Dje 10.9.2010; AgRg nos EDcl no Ag 1.156.486/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, Dje 27.4.2011; REsp 1.120.117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Dje 19.11.2009; REsp 1.090.968/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Dje 3.8.2010; REsp 605.323/MG, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 17.10.2005; REsp 625.249/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31.8.2006, entre outros REsp 1328753/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28.05.2013, Dje 03.02.2015.

Além dos morais coletivos, também poderão ser requeridos os danos sociais, assim entendidos como aqueles que não geram somente lesões patrimoniais ou morais, mas que atingem toda a sociedade, com um direto rebaixamento da qualidade de vida da coletividade.⁴²

OSTJ, além de reconhecer a possibilidade de requerimento de reparação dos danos sociais, fixou entendimento do seu cabimento ser exclusivo em demandas coletivas.⁴³

2.4. Capítulo sancionatório patrimonial - multa civil

A multa civil, que tem a função sancionatória patrimonial, também pode ser fixada no bojo do ANPC, pois visa punir o sujeito que praticou o ato e pode gerar um importante efeito pedagógico⁴⁴.

Nesta seara, três pontos serão fundamentais: i) como fixar o valor; ii) possibilidade de cumulação com a multa pelo descumprimento da avença; iii) destinação do valor.

Para a fixação do valor, além das premissas já indicadas, deverá ser utilizado como parâmetro as regras previstas no art. 12, da LIA, conforme o tipo de ato de improbidade praticado. A dosimetria, por certo, deverá ter como vetor a proporcionalidade mediante justificativa expressa do proponente e, claro, deverá o proponente ater-se ao caso concreto.

No tocante à possibilidade de cumulação com a multa cominatória estabelecida no ANPC, não percebo maiores complexidades na resposta afirmativa, pois ostentam naturezas diversas⁴⁵ como, aliás, já foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.⁴⁶

Sobre a destinação do valor da multa civil, não há dúvidas de que deverá ser direcionada exclusivamente à pessoa jurídica interessada, apesar da inexistência de regra expressa neste sentido na lei de improbidade. Entretanto, há certa divergência acerca da destinação da multa cominatória.

Para uma 1ª tese, a destinação deverá ser exclusivamente para a pessoa jurídica interessada para a preservação da harmonia do sistema, com base no art. 18, da LIA⁴⁷.

Para uma 2ª tese, haverá a possibilidade da destinação ser o fundo de defesa dos interesses difusos, conforme previsto no art. 13, da LACP, pois o patrimônio público está englobado no conceito de direitos difusos (art. 81, p.u., I, do CDC c/c art. 1º, IV, da LACP).⁴⁸

⁴² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano da responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 5, vol. 19, jul.-set., p. 211-218. Rio de Janeiro: Padma Ed.

⁴³ Rcl 12.062/GO, 2.ª S., rel. Min. Raul Araújo, j. 12.11.2014, DJe 20.11.2014.

⁴⁴ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 222.

⁴⁵ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Perseguição Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 105.

⁴⁶ Resp. 1.574.350/SC.

⁴⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. No mesmo sentido: NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 223.

⁴⁸ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Perseguição Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 106.

Na minha vis3o, deve ser utilizada uma 3ª tese, pois, a depender da forma da prtica do ato de improbidade administrativa, a destinao do valor pode ser vinculada a uma determinada pasta com aplicao obrigatria para um fim a ser delineado. No caso de ato de improbidade, por exemplo, decorrente de alguma contratao com sobrepreo ou superfaturamento, nada mais natural que o valor da multa civil seja destinado 3 pessoa jurdica interessada sem maiores preocupaes com a destinao especfica. Por outro lado, se o ato de improbidade foi praticado de tal maneira que pode prejudicar a implementao de uma poltica pblica, entendo ser mais consentneo com a nossa realidade fática que o valor seja destinado 3 pasta responsvel por tal poltica com a aplicao obrigatria e vinculada 3 mesma. Portanto, a destinao direta para a pessoa jurdica interessada pode no resultar na adequada recomposio do errio e destinao dos valores.

O valor convencionado da multa 3 transmissvel aos herdeiros ou sucessores?

A questo 3 verificar se a multa civil ter3 car3ter exclusivamente punitivo ou sancionat3rio patrimonial.

H3 quem sustente a intransmissibilidade justamente por entender ser um capitulo sancionat3rio e, portanto, o falecimento gera a extino da obrigao.⁴⁹

Penso de outra forma, por entender que a multa tem car3ter sancionat3ria, claro, mas o que se transmite no 3 a sanao em si, mas a obrigao patrimonial fixada na avena, respeitadas, por certo, os limites da herana. Ademais, a depender do caso concreto, os herdeiros e sucessores poder3o ser benefici3rios indiretos do ato de improbidade administrativa.

O Superior Tribunal de Justia, por seu turno, como bem indicado por Daniel Amorim Assumpo Neves, possui julgado no sentido de reconhecer a transmissibilidade da multa somente nos casos de enriquecimento ilc3to e les3o ao errio (arts. 9º e 10, da LIA).⁵⁰

2.5. Capitulo sancionat3rio - proibao de contratao e recebimento de benefcios do poder pblico

Esta obrigao que, a depender da hip3tese, dever3 ser capitulo imprescindvel na avena, resultar3 em um pressuposto convencional negativo para a participao em certames licitat3rios, contrataes diretas, venda e percepo de qualquer tipo de benefcio com a Administrao Pblica, seja por meio da pessoa jurdica acordante ou qualquer outra na qual seja s3cio majorit3rio o acordante.

Tal obrigao no dever3 alcanar os benefcios ou incentivos incondicionais, que s3o dirigidos a uma coletividade gen3rica.⁵¹

⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim de Assumpo; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. S3o Paulo: M3todo, 2012. p. 224.

⁵⁰ STJ, 1ª Seao, Resp 951.389/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 09.06.2010, Dje 04.05.2011.

⁵¹ NEVES, Daniel Amorim de Assumpo; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. S3o Paulo: M3todo, 2012. p. 225.

A obrigação, posto com viés, também, patrimonial⁵², deverá alcançar os herdeiros e sucessores daquele que praticou o ato, desde que o evento morte do sujeito permita a sucessão empresarial. Basta imaginar a seguinte situação: determinado particular pratica ato de improbidade administrativa em conluio com um agente público, por intermédio da pessoa jurídica na qual ostenta participação, e, após a celebração da avença, falece.

Ora, permitir que os seus herdeiros ou sucessores, por meio da mesma pessoa jurídica, possa burlar esta sanção soa completamente absurdo e a criação de tal óbice, por certo não viola as regras do direito civil referentes à sucessão, pois se trata de um aspecto patrimonial da sanção. Ademais, tais herdeiros e sucessores poderão, também, ser considerados como beneficiários indiretos do ato (art. 3º, da LIA).

Em meu sentir, tal obrigação deverá ter aspecto amplo, assim compreendido como o alcance para todas as esferas administrativas, pois, do contrário, será completamente ineficaz.⁵³

Para que tal desiderato seja alcançado, o ANPC será enviado oficialmente aos órgãos de controle, Tribunais de Contas e registrado nos cadastros de pessoas jurídicas inidôneas e suspensas⁵⁴.

Uma questão interessante é saber se *poderá ocorrer gradação temporal neste capítulo*.

O art. 12, da LIA, não estipulou qualquer gradação, mas a fixação de patamar máximo. Ademais, o art. 37, §4º, da CR/88, em sua parte final, somente confere ao legislador infraconstitucional a gradação para a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário.

Diante disso, surge justamente a necessidade de verificar a possibilidade da gradação.

Para uma 1ª tese, esta proibição deverá ser graduada, mas sempre observando o prazo máximo fixado no art. 12, da LIA e com base no seu parágrafo único.⁵⁵

Para uma 2ª tese, com a qual concordo, não poderá ocorrer gradação, pois não há esta indicação tanto no texto constitucional quanto no infraconstitucional.⁵⁶

⁵² Em sentido um pouco diverso: NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 224/225.

⁵³ BEZERRA FILHO, Aluizio. *Processo de Improbidade Administrativa: anotado e comentado*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 371.

⁵⁴ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Perseguição Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 108.

⁵⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 320; SANTOS, Carlos Frederico Britos dos. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 168. No mesmo sentido, podem ser destacados os seguintes julgados no Superior Tribunal de Justiça: 2ª T., Resp. 1.185.114/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 02.09.2010, Dje 04.10.2010; 2ª T., Resp 1.156.209/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 19.08.2010, Dje 27.04.2011.

⁵⁶ MARQUES, Sílvio Antonio. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 137; NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 226.

2.6. Captulo sancionat6rio - da renncia (perda) ao cargo pblico

Trata-se de captulo obrigacional sancionat6rio que poder6 ser inserido no ANPC, a depender da gravidade do ato de improbidade administrativa praticado pelo acordante, a despeito da reda76o da regra do art. 20, da LIA, que exige o tr6nsito em julgado da senten7a condenat6ria.

A regra prevista no art. 20, da LIA, somente se aplica 6 esfera judicial, mas n6o deve ser estendida para o ANPC, justamente por se tratar de atua76o volunt6ria e negociada do sujeito.

O afastamento cautelar (art. 20, p.u., da LIA), em meu sentir, na ess6ncia do instituto como imposi76o unilateral, n6o poder6 ser objeto do ANPC, ou seja, exigir o afastamento para fins de assinatura do ANPC. Entretanto, nada impede que o sujeito requeira 6 Administra76o P6blica licen7a para que possa se afastar voluntariamente das suas fun76es enquanto negocia o ANPC.

Um dos pontos mais relevantes 6 saber o alcance da perda da fun76o, ou seja, se alcan7a somente o cargo ensejador da pr6tica do ato ou pode alcan7ar qualquer cargo.

O Superior Tribunal de Justi7a j6 reconheceu em alguns de seus julgados o alcance amplo desta san76o, determinada no bojo de senten7a condenat6ria transitada em julgado, no sentido de que poder6 atingir todos os tipos de vnculo entre o sujeito que praticou o ato e a Administra76o P6blica⁵⁷ e depois uniformizou o entendimento no mesmo sentido.⁵⁸

Este entendimento amplo conta a ades6o da maior parte da doutrina⁵⁹, pois poder-se-ia manter um sujeito vinculado 6 Administra76o P6blica mesmo ap6s a demonstra76o inequvoca da viola76o ao patrim6nio pblico.⁶⁰ Por outro lado, h6 quem sustente a abrang6ncia mais restrita para alcan7ar somente o vnculo que possibilitou o ato.⁶¹

Poder6 ser objeto do ANPC a cassa76o da aposentadoria?

Caso o sujeito ativo do ato de improbidade administrativa j6 esteja aposentado, poder6 ter o seu vnculo perdido? Esta situa76o poder6 surgir de duas formas: i) o vnculo administrativo j6 existia quando da pr6tica do ato de improbidade, mas a proposta somente surgiu ap6s a aposentadoria; ii) a pr6tica do ato de improbidade ocorreu ap6s aposentadoria.

Na minha concep76o, ser6 indiferente para fixa76o da obriga76o, pois n6o depender6 somente do ato volunt6rio do sujeito para que a aposentadoria seja cassada, mas, tamb6m, da Administra76o P6blica.

⁵⁷ MS n6 21.757/DF e Resp 1.297.021/PR.

⁵⁸ EREsp 1.701.967/RS.

⁵⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rog6rio Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. S6o Paulo: Saraiva, 2017. p. 447-448.

⁶⁰ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de N6o Persecu76o Civel*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 111.

⁶¹ FAZZIO J6NIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legisla76o e jurisprud6ncia*. 3ª ed. S6o Paulo: Atlas, 2015. p. 515.

De todo modo, como já dito anteriormente, se a sanção pode ser aplicada na esfera jurisdicional, poderá ser objeto do ANPC.

Para uma 1ª tese, não será possível aplicar a cassação da aposentadoria, pois não se trata de vínculo funcional, já extinto, mas previdenciário e, também, não há previsão desta sanção na lei de improbidade administrativa.⁶²

Para uma 2ª tese, a qual adiro, será plenamente possível a determinação da cassação da aposentadoria, com base nos seguintes fundamentos: i) poderá ser determinada a anulação do ato administrativo concessivo da aposentadoria; ii) a perda da função pública deverá ser interpretada extensivamente para incluir o vínculo previdenciário. Não há como buscar uma efetividade no combate à corrupção, que é sistêmica em nosso país e, ao mesmo tempo, sustentar a possibilidade de um agente público ímprobo manter o seu vínculo previdenciário.⁶³

2.7. Capítulo sancionatório - da assunção da obrigação de não concorrer aos cargos políticos

A suspensão dos direitos políticos é uma das possíveis sanções, com a dosimetria fixada em lei, decorrentes do reconhecimento da prática do ato de improbidade administrativa (art. 12, da LIA c/c art. 15, V, da CR/88), mas condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme preconiza o art. 20 da LIA.

A suspensão dos direitos políticos sempre decorre, portanto, de decisão judicial, mas nada impede que seja objeto da convenção a assunção pelo acordante da obrigação de não concorrer aos cargos políticos o que representaria uma renúncia ao exercício do seu direito de sufrágio e não uma imposição unilateral.⁶⁴

Entendo que o ANPC quando contiver tal obrigação deverá ser enviado, para fins de ciência, ao Ministério Público com atribuição eleitoral, Juízo Eleitoral da Comarca, Tribunal Regional Eleitoral e Tribunal Superior Eleitoral, pois, com isso, além da óbvia publicização da obrigação, os órgãos da Justiça Eleitoral poderão criar um cadastro que poderá ser consultado pela população, partidos políticos e coligações, candidatos e os demais órgãos de controle.

Não há qualquer violação aos direitos fundamentais do sujeito, pois não existe vedação alguma para que ele renuncie voluntariamente ao exercício do seu direito político.

⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1005; ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. São Paulo: Método, 2011. p. 709/710; SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 162-163.

⁶³ FERRARESI, Eurico. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2011. p. 145; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 300; PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 143; NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012. p. 218.

⁶⁴ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Perseguição Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 113.

Há quem sustente a necessidade da homologação judicial da cláusula que contenha tal obrigação⁶⁵, mas, conforme já sustentado, entendo ser despidienda tal homologação, em qualquer hipótese extrajudicial e extraprocessual, pois as convenções surtem efeitos imediatamente (art. 200, do CPC).

Questão interessante que merece abordagem específica é saber o seguinte: *o descumprimento desta obrigação gera qual tipo de consequência?*

Considerando que a condenação pela prática de ato de improbidade administrativa pode gerar inelegibilidade (art. 1º, I, II), da LC 64/90⁶⁶ c/c art. 14, §9º, da CR/88⁶⁷), resta debater a possibilidade do acordo de não persecução cível gerar tal consequência.

De toda forma, não há como o ANPC afastar os efeitos da inelegibilidade, caso seja verificada.

Poder-se-ia objetar tal consequência sob o argumento de que a criação de novo caso de inelegibilidade, por tal via, seria inconstitucional por violação direta do art. 14, §9º, da LC 64/90, pois o acordo foi criado por lei ordinária e não lei complementar.⁶⁸

A despeito da premissa interessante, entendo não existir empecilho para a celebração do acordo, pois a mera previsão em lei ordinária do instrumento não viola, *de per si*, a norma constitucional referida, na medida em que se trata de um ajustamento voluntário extrajudicial.⁶⁹

Ademais, não seria propriamente uma hipótese de inelegibilidade, mas sim a necessidade da observância dos termos do ANPC celebrado, sob pena de violação da boa-fé objetiva e da cooperação (arts. 5º e 6º, do CPC), mormente quando ostentar viés premial.

Caso o instrumento tenha viés premial e o sujeito, apesar de assumir a obrigação de não concorrer a cargos eletivos, registrar a sua candidatura, poderão surgir as seguintes consequências jurídicas: i) rescisão da colaboração premiada; ii) rescisão do ANPC com o imediato ajuizamento da demanda de improbidade administrativa; iii) execução imediata da multa cominatória fixada no instrumento; iv) possibilidade do ajuizamento da impugnação ao registro de candidatura.

Com exceção da primeira consequência, tais serão aplicáveis aos casos nos quais o ANPC não ostente viés premial.

Tal entendimento não gera qualquer violação ou restrição aos direitos fundamentais do acordante, mas impõe a necessária observância dos termos do acordo e, com isso, de outro lado, reafirma que o seu cumprimento é um dever e não um favor à coletividade. Ora, um acordo celebrado formalmente com o Ministério Público

⁶⁵ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 114.

⁶⁶ Faz referência expressa ao elemento volitivo dolo e ao trânsito em julgado.

⁶⁷ Não há qualquer referência ao elemento volitivo e ao trânsito em julgado.

⁶⁸ PINHEIRO, Igor Pereira et ali. *Lei Anticrime comentada*. Editora JHMizuno, 2019. p. 142.

⁶⁹ PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 84 e 86.

não pode ser considerado como algo de somenos importância e as consequências do descumprimento, injustificado, diga-se, devem ser severas.

Já passou da hora de pararmos de tratar os agentes ímprobos corruptos com parcimônia e condescendência e passarmos a levar à sério o combate à corrupção, pois, como cediço, vivemos em um país no qual tais atos são corriqueiros, endêmicos, sistêmicos e aceitáveis.

3. Conclusão

No presente artigo objetivei apresentar as minhas considerações sobre o objeto possível de ser convenionado por meio da celebração do Acordo de Não Persecução Cível quanto às sanções e reparações decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa.

Certo de que ainda há algumas considerações a serem feitas que naturalmente surgirão ao longo do manejo do instrumento, não posso deixar de registrar que eventuais dificuldades na seara executiva ou do convencimento do sujeito não podem, por si só, gerar óbice intransponível.

Impende salientar, também, que a confusão natural entre restrição de direito fundamental e o seu exercício, que permite a renúncia, diga-se, não pode ser argumento suficiente para impedir a celebração do instrumento.

Assim, forte nestas premissas, penso ser plenamente possível, fática e juridicamente, a celebração do Acordo de Não Persecução Cível como forma adequada para aplicação do Direito Sancionador decorrente da prática de ato de improbidade administrativa.

Em caso contrário, haverá uma incoerência sistêmica do panorama sancionatório que relegará ao oblívio o próprio instrumento.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 929.

ANDRADE, Landolfo. *Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões*. GEN Jurídico, 05 de março de 2020. Disponível em: <http://gen-juridico.com.br/2020/03/05acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 17 out. 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos*. Revista de Direito do Estado, v. 1, 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano da responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 5, vol. 19, jul.-set, p. 211-218. Rio de Janeiro: Padma Ed.

BASTOS, Fabrício Rocha. *Curso de Processo Coletivo*, São Paulo: Foco, 2018.

- BEZERRA FILHO, Aluizio. *Processo de Improbidade Administrativa: anotado e comentado*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurfdico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. So Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, v. 12.
- CANOTILHO, Josu Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CARVALHO FILHO, Josu dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32a ed. rev. atual. e ampl. So Paulo: Atlas, 2018.
- _____. *Manual de Direito Administrativo*. 24a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 11a ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislaço e jurisprudência*. 3a ed. So Paulo: Atlas, 2015.
- FERRARESI, Eurico. *Improbidade administrativa*. So Paulo: Método, 2011.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9a ed., So Paulo: Saraiva, 2017.
- _____; _____. *Improbidade Administrativa*. 6a ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- _____. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista Síntese*. So Paulo, v. 12, n. 141, Edição especial.
- GÓES, Gisele. O pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério Público. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (coord.). *Processo Civil Coletivo*. So Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. So Paulo: RT, 2010.
- LEITE, Josu Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao extrapatrimonial*. So Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARQUES, Sílvio Antonio. *Improbidade Administrativa*. So Paulo: Saraiva, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, Rio de Janeiro: Forense, 16a ed. ver. e atual., 2014.
- MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei de Ação Civil Pública. Revisitada, artigo por artigo, à luz do Novo CPC e Temas Atuais*. So Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Acordos em ações de improbidade*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515662/noticia.html?sequence=1>. Acesso em: 18 out. 2020.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira et ali. *Lei Anticrime comentada*. Editora JHMizuno, 2019.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *Reflexões sobre o Acordo de Não Persecução Cível*. Disponível em: <http://www.mpgp.mp.br/boletimdompgp/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>. Acesso em: 18 out. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 25.

SALGADO FILHO, Nilo Spinola. Probidade Administrativa. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2012.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. *Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto. In: (Coord.) MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: RT, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2006.



O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

Emerson Garcia*

Sumário

1. Introdução. 2. O direito sancionador brasileiro: aspectos gerais. 3. O direito sancionador brasileiro e a correspondência biunívoca entre competência para aplicar sanções e competência para homologar acordos afetos às sanções. 3.1. Direito Penal. 3.2. Direito sancionador cível. 3.3. Direito sancionador administrativo. 4. Origem do acordo de não persecução cível. 5. O acordo de não persecução cível e a necessidade de homologação judicial. Epílogo.

1. Introdução

A Lei nº 13.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime, introduziu no direito positivo brasileiro o denominado acordo de não persecução cível, passível de ser celebrado nas ações que digam respeito aos atos de improbidade administrativa, que nada mais são que ilícitos civis, de estatura constitucional, regulamentados pela Lei nº 8.429/1992. Até então, a redação do § 1º do art. 17 deste diploma normativo dispunha que “*é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput*”.

Apesar da literalidade do comando legal, era generalizado o entendimento de que a vedação não se ajustava à necessidade de plena integração da consensualidade ao direito sancionador contemporâneo. Esse estado de coisas foi influenciado pelo grande êxito obtido pelo instituto da colaboração premiada, na forma como delineado pela Lei nº 12.850/2013. Se o próprio direito penal, parafraseando Giuseppe Bettiol¹, exigiu o equilíbrio entre um “*direito penal rigorosamente retributivo*” e a sua transformação em um “*direito premial*”, sendo invocado, para tanto, o dito da antiga sabedoria “*in medio stat virtus*” (no meio está a virtude), por que não generalizar a consensualidade, aplicando-a mesmo onde a lei afastara a sua aplicação?

* Emerson Garcia. Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da Comissão de Juristas instaurada no âmbito da Câmara dos Deputados para a revisão da Lei nº 8.429/1992. Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

¹ *Dal diritto penale al diritto premiale. In Scritti giuridici*, T. II. Padova: CEDAM, 1966, p. 949.

O complicador é que o argumento do *plus* e do *minus*, de maneira que tudo o que valha para o direito penal seja automaticamente estendido às demais instâncias, é simplesmente inaplicável ao nosso sistema. Assim ocorre porque o próprio Poder Legislativo, no auge de sua liberdade de conformação, estabelece nítidas distinções entre as instâncias. As normas processuais utilizadas no âmbito dessas instâncias não são as mesmas; a técnica tipológica adotada no direito penal é substancialmente distinta daquela prevalecente nas demais, que frequentemente se valem de figuras tipológicas com maior abertura semântica; os legitimados para a deflagração de cada instância de responsabilização são distintos, passando pelo Ministério Público, avançando pelo ofendido e podendo alcançar qualquer do povo, neste último caso em caráter restrito, próprio da responsabilização política; a representação do acusado, por advogado, não se mostra essencial em algumas instâncias; a natureza da autoridade responsável pela aplicação das sanções também é muito distinta, o que é particularmente relevante quando contextualizamos a temática no âmbito dos deveres de motivação e de imparcialidade, tão peculiares na responsabilização política que chega a se duvidar de sua própria existência.

Embora seja frágil a tentativa de organizar as instâncias de responsabilização em uma espécie de métrica, na qual o direito penal ocuparia a posição mais adiantada, o direito sancionador administrativo, o início da escala, e o direito sancionador cível, uma posição intermédia, não se podia negar que todo o direito sancionador se tornara permeável à consensualidade. Isto, no entanto, não afasta uma constatação irrefutável: o sistema também apresenta, ao acolher a consensualidade, alguns traços estruturais que lhe oferecem forma e plena juridicidade. Um dos traços estruturais do direito sancionador brasileiro é o de que a autoridade competente para aplicar a sanção também o é para homologar o acordo que afaste a sua aplicação ou que transija com aspectos de ordem quantitativa ou qualitativa. Apresentam-se em reduzido número as exceções.

O objetivo de nossas breves reflexões é o de identificar o alicerce normativo do traço estrutural acima indicado e analisar se ele deve, ou não, à luz das normas vigentes, ser aplicado ao acordo de não perseguição cível.

2. O direito sancionador brasileiro: aspectos gerais

O direito sancionador brasileiro tem sido objeto de uma divisão quadripartite. Nossa ordem jurídica reconhece a existência do direito sancionador penal, ou simplesmente direito penal; do direito sancionador cível, também passível de ser denominado de direito sancionador judicial cível; do direito sancionador administrativo, também conhecido como direito administrativo sancionador; e do direito sancionador político. Essa divisão não é propriamente doutrinária, decorrendo do próprio direito positivo.

Essas instâncias de responsabilização, longe de permanecerem isoladas umas das outras, tendem a manter um diálogo entre si, o que se torna bem perceptível ao constatarmos que uma única conduta pode se ajustar a uma pluralidade de instâncias,

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

daí decorrendo a possibilidade de o agente sofrer inúmeras sanções ao final de cada relação processual. O modo como irão dialogar entre si deve ser estabelecido pela ordem jurídica, que estabelecerá os padrões mínimos de organicidade sistêmica e em que medida ocorrerá a interpenetração entre as instâncias, inclusive com a possibilidade de uma absolvição em uma relação processual projetar os seus efeitos sobre outra.

No extremo, ainda será preciso estabelecer um referencial de proporcionalidade sistêmica, de modo a evitar que esse critério seja valorado unicamente sob o prisma de cada relação processual, ignorando o efeito sinérgico de todas as sanções aplicadas. A existência de mais de uma instância de responsabilização permite que sanções de idêntica natureza jurídica sejam aplicadas em mais de uma instância, o que também contribui para alimentar o debate a respeito de um possível excesso punitivo por parte do Estado. Este aspecto certamente não passou despercebido ao legislador, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para dispor, no § 3º do art. 21, que *“as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”*. O fim almejado, não se duvida, é mais que nobre; já o resultado alcançado é para lá de sofrível. Essa conclusão, é importante frisar, não decorre de um irrefreável ceticismo, mas da própria estrutura do sistema. Ora, se as instâncias são independentes, a responsabilização, ressalvado comando expresso em contrário, pode ser aferida de maneira simultânea. Com isso, raramente se terá o desfecho da responsabilização em uma instância, com o esgotamento de todas as vias de impugnação possíveis, inclusive judiciais, a tempo de que a sanção aplicada possa ser considerada em instância diversa. Caso essa consideração ocorra sem a definitividade das sanções aplicadas em outra instância, também correr-se-á o risco de afronta à proporcionalidade, desta feita no plano da insuficiência, já que uma sanção pode ser fixada em patamares mais brandos justamente em razão da existência de sanção similar aplicada em momento anterior, enquanto esta última pode vir a ser atenuada ou anulada em momento posterior.

É relevante, neste passo, identificar alguns traços distintivos entre as instâncias de responsabilização.

O direito penal trata da estatuição e das consequências jurídicas decorrentes da prática de infração penal, cuja definição é oferecida pelo art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal². As sanções cominadas, que alcançam o direito de liberdade, são necessariamente aplicadas por órgão jurisdicional, o que sequer precisa ser lembrado, tamanha a penetração dessa concepção nos dogmas do Estado de Direito. Esses traços, aliás, já permitem extermá-lo das demais instâncias de responsabilização, cujas sanções, regra geral, alcançam uma pluralidade de bens jurídicos, que não a liberdade, e podem ser igualmente aplicadas por órgãos não jurisdicionais. A exceção

² Decreto-lei nº 3.914/1941, art. 1º: *“Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”*.

fica por conta da prisão administrativa militar, implicitamente prevista na própria Constituição da República, ao vedar o uso do *habeas corpus* contra as punições disciplinares militares³. Ainda merece menção o fato de a ordem constitucional autorizar a prisão como meio de coerção para o cumprimento da obrigação alimentar⁴, o que não configura verdadeira sanção.

No direito sancionador cível tem-se um traço de proximidade e outro de distanciamento em relação ao direito penal: a proximidade fica por conta da necessidade de ser aplicado por órgão jurisdicional, a partir do ajuizamento de uma ação; o distanciamento, por sua vez, decorre da impossibilidade de o condenado vir a sofrer sanção privativa de liberdade. Além disso, observa-se que o instrumento utilizado é a legislação processual civil, bem como que a técnica tipológica empregada assume textura mais aberta, a exemplo daquela historicamente adotada no âmbito do direito sancionador administrativo. As sanções passíveis de serem aplicadas nesse âmbito coexistem com as cominações cíveis *stricto sensu*, classicamente reconduzíveis ao dever de recomposição do *status quo* (v.g.: deveres de reparar e de devolver), que não configuram sanções.

A existência de um direito sancionador cível decorre de disposição expressa do direito positivo brasileiro. Ao analisar a natureza jurídica da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), cujas sanções, por força do art. 37, § 4º, da Constituição da República, podem ser aplicadas sem prejuízo da ação penal cabível, o Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente a sua natureza cível, o que, inclusive, afasta a incidência do foro por prerrogativa de função nessa seara⁵. A Lei nº 12.846/2013, que "*dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira*", oferece um exemplo bem sugestivo a esse respeito. Apesar de sua ementa fazer menção à responsabilização civil, o que é reiterado pelos arts. 1º, *caput* e 2º, além de o julgamento ficar a cargo de um órgão jurisdicional, alguns insistem em afirmar que a natureza jurídica das sanções é penal, pois a esfera cível somente se harmoniza com a ideia de recomposição⁶. Será isto verdade? Não poderia o Estado instituir outros sistemas de responsabilização, de modo a impor restrições na esfera jurídica individual sem que o pano de fundo seja a privação da liberdade? A nosso ver, é tarefa assaz difícil alcançar respostas positivas a esses questionamentos sem a identificação de um fundamento constitucional que venha a embasá-las. A Lei nº 13.869/2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, também não deixa margem a dúvida quanto à autonomia do direito sancionador cível, ao dispor, no *caput* do seu art. 6º, que "*as penas previstas nesta*

³ CR/1988, art. 142, § 2º. Vide Lei nº 6.880/1980, art. 47, § 1º.

⁴ CR/1988, art. 5º, LXVII. Sobre a impossibilidade de prisão do depositário infiel, também prevista na literalidade do preceito constitucional, vide Súmula Vinculante nº 25, do STF.

⁵ Pleno, ADI nº 2.797DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15/09/2005, DJ de 19/12/2006. A respeito da natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa, vide GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 620 e ss.

⁶ Nesse sentido: DE PONTES, Evandro Fernandes. Dissolução Compulsória da Pessoa Jurídica: Desafios Sobre a Lei 12.846/2013 e o Sistema Financeiro Nacional. In: *Revista de Direito Empresarial*, vol. 14, mar.-abr./2016, p. 155 e ss. e NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 90 e ss.

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

Lei serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativa cabíveis". E que sanções de natureza civil seriam essas, passíveis de serem aplicadas ao "agente público" a que se refere o art. 1º, preceito afeto ao sujeito ativo do crime? São justamente as sanções por ato de improbidade administrativa, cujo sujeito ativo, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.429/1992, é designado justamente de "agente público".

As mesmas razões que conferem autonomia existencial ao direito sancionador cível, desaconselhando a sua equiparação ao direito penal, também afastam a sua absorção pela terceira instância de responsabilização a ser analisada, o direito sancionador administrativo. Essa instância foi largamente estudada pela doutrina espanhola, em razão dos próprios termos da Constituição de 1978, cujo art. 25, 3, dispõe que "*la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*". São enquadradas nessa categoria as sanções aplicadas por uma autoridade administrativa, que tanto podem se limitar a restringir as relações jurídicas de natureza estatutária (v.g.: quando o superior hierárquico aplica as sanções de advertência ou de demissão) como restringir outros aspectos da esfera jurídica individual (v.g.: quando o Tribunal de Contas aplica a sanção de multa em razão do alcance praticado pelo gestor do dinheiro público; ou quando a autoridade de trânsito aplica uma sanção a quem infrinja norma de trânsito).

Alejandro Nieto⁷, o grande estudioso dessa temática, há muito observou que a funcionalidade do "*derecho administrativo sancionador*" está associada ao "poder sancionador da Administração", o qual, durante muito tempo, foi considerado um elemento essencial do poder de polícia. Esse poder coexiste com o poder sancionador dos tribunais, normalmente adstrito, em diversos Países, à seara penal. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández⁸ observaram, referindo-se à "*potestad sancionatoria administrativa*", que "*[s]e distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración; éstas, los Tribunales penales*".

O direito sancionador administrativo apresenta peculiaridades que o distinguem das duas instâncias já analisadas: é aplicado por uma autoridade administrativa, com observância apenas subsidiária das normas processuais de caráter penal ou cível. Além disso, no seu âmbito, não é exigida a responsabilização por advogado. No âmbito material, é identificada uma maior abertura das figuras tipológicas, o que o aproxima do direito sancionador cível, e não são cominadas sanções privativas de liberdade, no que se distingue do direito penal. É sistemicamente incorreta, portanto, uma construção que defenda a aplicação do direito sancionador administrativo pelos tribunais, no exercício de sua atividade finalística. Isto levaria o desvirtuamento de suas origens e de sua essência às raias do inusitado.

⁷ *Derecho administrativo sancionador*. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 22.

⁸ *Curso de derecho administrativo*, vol. II. 9ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 2004, p. 163.

É importante frisar que a natureza da instância de responsabilização não acompanha a natureza da relação jurídica básica na qual o ato foi praticado.⁹ Essa afirmação, aliás, se sobrepõe à linha limítrofe da obviedade. Na medida em que uma única conduta pode ensejar a deflagração de diversas instâncias de responsabilização, das duas uma, ou se defende que as instâncias têm a mesma natureza ou se reconhece que sua natureza pode coincidir, ou não, com a relação jurídica base. Um servidor que subtraia bens de sua repartição praticará o crime de peculato (CP, art. 312), a ser perquirido no âmbito do direito penal; o ato de improbidade de enriquecimento ilícito (Lei nº 8.429/1992, art. 9º), que se enquadra no direito sancionador cível; e a infração administrativa prevista em seu regime jurídico, o que acarretará a instauração de um processo administrativo disciplinar, com o conseqüente manejo do direito sancionador administrativo. Nesse exemplo, a relação jurídica base tem natureza administrativa, mas nem todas as instâncias de responsabilização ostentarão a mesma natureza.

Alejandro Nieto¹⁰ observara que *“la potestad sancionadora de la Administración forma parte, junto con la potestad penal de los Tribunales, de un ius puniendi superior del Estado, que además es único, de tal manera que aquéllas no son sino simples manifestaciones concretas de este”*. É evidente que, para o direito positivo espanhol, essa assertiva é mais que correta. Afinal, as sanções ali aplicadas pelos Tribunais têm apenas uma natureza jurídica: a penal. Por outro lado, não há qualquer óbice a que o direito positivo de cada País, como foi feito no Brasil, atribua aos seus tribunais competência para aplicar sanções outras que não as de natureza penal. Daí a conclusão de que uma teoria ajustada à realidade espanhola não deve ser aplicada, de modo acrítico ou deturpado, à realidade brasileira.

Por fim, o exercício do direito sancionador político fica a cargo do Poder Legislativo, que avalia condutas juridicamente relevantes sob o prisma político. Com isso, atrai distinções de elevada monta em relação ao processo tipicamente judicial, em especial no que diz respeito à imparcialidade do julgador e ao dever de fundamentação (v.g.: no julgamento do Chefe do Poder Executivo por crime de responsabilidade).

Apesar de o direito positivo brasileiro adotar a independência entre as instâncias de responsabilização, é factível que cada uma das manifestações do direito sancionador será influenciada pelos princípios gerais, de estatura constitucional, afetos ao direito sancionador penal, que oferece as garantias mais básicas para o indivíduo em relação ao Estado. A partir daí, serão observados os demais direitos fundamentais, aplicados indistintamente a todos os indivíduos, com especial ênfase para as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, bem como colhidos os influxos do sistema processual a ser utilizado, que pode ser o administrativo ou o judicial de natureza cível. Não há, nesse particular, correlação necessária entre o ramo do direito

⁹ Em sentido contrário, entendendo que os atos de improbidade administrativa são praticados no âmbito de uma relação jurídica base de natureza administrativa, logo, a coibição a esse ilícito é emanção do direito administrativo sancionador, vide: OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 223.

¹⁰ *Derecho administrativo...*, p. 22.

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

regente da conduta praticada ou da relação jurídica que lhe deu origem e aquele que disciplinará o respectivo sistema de responsabilização. Essa constatação, por óbvio, não permite que seja ignorada a disciplina jurídica regente da conduta praticada ao aferir-se o seu enquadramento, ou não, no plano da juridicidade. Em prol dessa conclusão, merece referência o art. 26, 2, da Convenção das Nações Unidas de Combate à Corrupção, que dispõe sobre a necessidade de o Estado Parte perquirir a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos ilícitos ali previstos (v.g.: o suborno de funcionários públicos nacionais – art. 15), que “*poderá ser de índole penal, cível ou administrativa*”.

A legislação infraconstitucional estabelece inúmeras formas de diálogo entre as distintas instâncias existentes, que são, em linha de princípio, independentes entre si. É o que se verifica, por exemplo: (a) no âmbito do direito penal, em que o reconhecimento de que o fato não existiu, de que o réu não foi o seu autor ou de que agiu amparado por uma excludente de antijuridicidade produz efeitos nas demais esferas de responsabilização que não a política¹¹; (b) com a celebração de acordos de leniência pelo CADE, como autorizado pelos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011, o que acarreta a extinção da punibilidade de certas categorias de infrações penais; (c) com o acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/2013, celebrado no plano administrativo com base no seu art. 16, que afasta a aplicação, no âmbito da responsabilização judicial de natureza cível, da sanção prevista no art. 19 [“*proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos*”].

Embora haja o diálogo, aspectos pontuais de uma instância de responsabilização não podem ser arbitrariamente transpostos para outra ao alvedrio do intérprete. O que se exige é que haja uma compatibilidade sistêmica nas soluções ou nos problemas a serem compartilhados, aproximando-se o que deve ser tratado de maneira comum, separando-se o que é peculiar a uma ou outra instância.

A partir da compreensão de que o direito sancionador brasileiro adota uma divisão quadripartite, é o momento de avançarmos para o traço estrutural a que nos referimos na introdução destas breves linhas. Esse traço está presente na exigência de que a autoridade competente para aplicar a sanção também deve ser responsável

¹¹ Caso a pretensão deduzida na ação penal seja julgada anteriormente às demais, fará coisa julgada nas esferas administrativa e cível sempre que reconhecer: a) ter sido o ato praticado em circunstâncias que excluem o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal e arts. 65 e 386, VI, do CPP); b) a inexistência material do fato (arts. 66 e 386, I, do CPP); c) estar provado que o réu não concorreu para a infração penal (art. 386, IV, art. 935 do Código Civil de 2002). Note-se que tais efeitos somente alcançam os fatos discutidos no processo, permanecendo a possibilidade de livre valoração em relação aos demais. Afinal, como há muito reconheceu o STF na Súmula nº 18, “pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.” Caso haja absolvição por ausência de provas (art. 386, II, V e VII, do CPP) ou por não constituir o fato infração penal (art. 386, III, do CPP), poderá a questão ser amplamente examinada nas esferas cível e administrativa. O mesmo ocorrerá nas hipóteses em que sequer for deflagrada a ação penal, havendo o arquivamento do procedimento inquisitorial respectivo (art. 67, I, do CPP). No caso de condenação criminal, tornar-se-á certa a obrigação de reparar o dano causado, servindo a sentença de título executivo judicial (art. 91 do CP e art. 515, VI, do CPC/2015).

pela homologação do acordo que afaste a sua aplicação ou que transija com aspectos de ordem quantitativa ou qualitativa. Seria isto verdade? É o que veremos.

3. O direito sancionador brasileiro e a correspondência biunívoca entre competência para aplicar sanções e competência para homologar acordos afetos às sanções

No âmbito do direito, a consensualidade pode apresentar inúmeras variações. Pode buscar, pura e simplesmente, a cessação de uma prática ilícita ou o aperfeiçoamento de uma atividade, sem qualquer incursão no plano sancionador propriamente dito, destinando-se, muitas vezes, a evitar a própria caracterização de um ilícito passível de sanção. Também pode ser direcionada à definição, com maior celeridade, das consequências para a prática do ilícito. Neste último caso, pode assumir os contornos de consensualidade de colaboração ou de pura reprimenda.

A *consensualidade de colaboração* é caracterizada pela obtenção de um benefício em razão do fornecimento de informações úteis ao Poder Público na realização dos fins previstos em lei. Essa espécie de consensualidade pode ser acompanhada de *avaliação judicial* ou de *homologação judicial*: no primeiro caso, o juiz avalia a prova dos autos e decide que benefícios conceder; no segundo, o juiz tão somente homologa o acordo entre as partes, que definem, *a priori*, a relevância das informações e os benefícios a serem concedidos, podendo, se for o caso, ajustá-lo à juridicidade. Apesar de a voluntariedade no agir ser da essência dessa figura, a exemplo dos clássicos institutos penais da desistência voluntária e do arrependimento eficaz¹², a colaboração exige um *plus*, vale dizer, que o colaborador forneça informações úteis a outros propósitos correlatos ao ilícito que praticou (*v.g.*: localização da vítima, individualização de comparsas, descoberta de ilícitos até então desconhecidos etc.).

Na *consensualidade de pura reprimenda*, por sua vez, o autor aceita a imediata imposição de uma restrição em sua esfera jurídica, não sendo necessário que ofereça informações úteis. Para tanto, entende que há atrativos que aconselham uma definição imediata de sua situação jurídica, de modo a evitar a sua exposição às incertezas do processo.

Ao analisarmos a forma como a consensualidade de colaboração e a consensualidade de pura reprimenda se tornam operativas, produzindo efeitos jurídicos válidos, é possível identificar, na realidade brasileira, um traço estrutural, comum a ambas, que somente é afastado a partir de expressa previsão normativa.

¹² O fundamento teórico dessas figuras não é pacífico. A esse respeito, merecem referência a teoria subjetiva, baseada na exigência político-criminal de premiar quem desiste do propósito criminoso (*ponti d'oro al nemico che fugge*); a teoria dos fins da pena, sob o plano dúplice da prevenção geral e da prevenção especial, levando em conta a menor gravidade da conduta e periculosidade do sujeito; a teoria premial ou do mérito, de modo a recompensar o livre e voluntário retorno ao direito, o qual, embora não apague as consequências da conduta já executada, pode minorá-las; e a teoria objetivo-funcional, que, considerando a complementariedade das teorias, identifica a carência de ofensa ao bem jurídico tutelado, ao que se soma o objetivo da pena. Cf. LATTANZI, Giorgio e LUPO, Ernesto. *Codice Penale, vol. II, Il reato, Libro I*, artt. 39-58-bis. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 991-993.

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

Trata-se da exigência de participação da autoridade competente para aplicar as sanções alcançadas pelo ajuste celebrado¹³.

3.1. Direito Penal

Em sua linha evolutiva, o direito penal brasileiro adotou, em um primeiro momento, a *consensualidade de colaboração*, e, em um momento posterior, a *consensualidade de pura reprimenda*.

A primeira referência à *consensualidade de colaboração* no direito brasileiro, ao menos após a proclamação da República, é encontrada na Lei nº 8.072/1990, também conhecida como Lei dos Crimes Hediondos. Essa figura foi prevista nos arts. 7º e 8º, parágrafo único, desse diploma legal, logo recebendo a alcunha de “*delação premiada*”.

O art. 7º acresceu um § 4º ao art. 159 do Código Penal, de modo que “*se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.*” De acordo com o parágrafo único do seu art. 8º, em se tratando de quadrilha ou bando destinado à prática de crimes hediondos, como tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, “*o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.*”

Essa nova sistemática era correlata àquela prevista no art. 630 do Código Penal italiano, que previa hipóteses de redução de pena para o criminoso colaborador em se tratando de crime de extorsão mediante sequestro¹⁴. Esse comando inspirou o legislador brasileiro a inserir, no nosso sistema penal, a figura da colaboração, o que ocorreu com a Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos). Já a Lei nº 689, de 24 de novembro de 1981, tendo como última modificação aquela introduzida pelo Decreto-lei nº 91, de 24 de junho de 2014, convertido na Lei nº 116, de 11 de agosto de 2014, é conhecida

¹³ Vide as considerações que apresentamos em momento anterior em “A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992”. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 66, p. 29, out.-dez./2017.

¹⁴ “Art. 630- Sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione. Chiunque sequestra una persona allo scopo di conseguire, per sé o per altri, un ingiusto profitto come prezzo della liberazione, è punito con la reclusione da venticinque a trenta anni. Se dal sequestro deriva comunque la morte, quale conseguenza non voluta dal reo, della persona sequestrata, il colpevole è punito con la reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona la morte del sequestrato si applica la pena dell'ergastolo. Al concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera in modo che il soggetto passivo riacquisti la libertà, senza che tale risultato sia conseguenza del prezzo della liberazione, si applicano le pene previste dall'articolo 605. Se tuttavia il soggetto passivo muore. In: conseguenza del sequestro, dopo la liberazione, la pena è della reclusione da sei a quindici anni. Nei confronti del concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera, al di fuori del caso previsto dal comma precedente, per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo a due terzi. Quando ricorre una circostanza attenuante, alla pena prevista dal secondo comma è sostituita la reclusione da venti a ventiquattro anni; alla pena prevista dal terzo comma è sostituita la reclusione da ventiquattro a trenta anni. Se concorrono più circostanze attenuanti, la pena da applicare per effetto delle diminuzioni non può essere inferiore a dieci anni, nell'ipotesi prevista dal secondo comma, ed a quindici anni, nell'ipotesi prevista dal terzo comma. I limiti di pena preveduti nel comma precedente possono essere superati allorché ricorrono le circostanze attenuanti di cui al quinto comma del presente articolo”.

como "*Legge di depenalizzazione*". Este diploma normativo permitiu a conversão, pelo governo, observados os parâmetros que estabeleceu, de ilícitos penais de pequena lesividade (*reati "bagatellari"*) em ilícitos administrativos, sujeitando os infratores a sanções de idêntica natureza jurídica.¹⁵ O objetivo, como ressaltado por Napolitano e Piccioni¹⁶, era o de "*ricuperare la natura di extrema ratio della pena*".

A lei italiana ainda previu, em seu art. 16, a possibilidade de pagamento de valor reduzido ("*pagamento de misura ridotta*"), fixado na terça parte do máximo da sanção prevista ou, se mais favorável, no dobro do mínimo da sanção, além das despesas processuais, observados os prazos ali previstos. Não realizado o pagamento, a autoridade competente apreciará o caso, incluindo os argumentos defensivos e a prova produzida, concluindo pela aplicação, ou não, da sanção, com a fixação da respectiva dosimetria.

A consensualidade, na Lei nº 8.072/1990, decorre do recebimento de um benefício penal, consistente na redução de pena, a partir do fornecimento de informações que produzirão algum efeito útil, permitindo o restabelecimento da paz social. Além disso, como o benefício será implementado quando da aplicação da pena, será imperativo o seu deferimento pelo Poder Judiciário, caso seja constatada a presença de uma colaboração que se mostre eficaz.

Apesar dos limitados contornos semânticos dos preceitos introduzidos pela Lei nº 8.072/1990, estão ali previstos os balizamentos dessa espécie de consensualidade inicialmente preponderantes no âmbito do direito penal brasileiro. São quatro os balizamentos:

(a) expressa previsão das infrações penais em que a consensualidade é admitida, quer com indicação da tipologia, quer do limite máximo de pena das infrações penais, o que significa dizer que nem o Ministério Público, *dominus litis* da ação penal, nem o Poder Judiciário poderiam escolher livremente quando utilizar a consensualidade;

(b) anuência do autor da infração penal em oferecer informações úteis à realização de um fim de interesse público, normalmente associado à persecução penal ou à reparação dos efeitos do ilícito;

(c) efeitos da consensualidade em relação à pena a ser aplicada, que têm sido sensivelmente ampliados com o tempo, principiando pela possibilidade de redução, passando pela substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, sem contar a admissão de cumprimento em regime menos gravoso (v.g.: regime aberto ao invés do fechado), bem como a admissão de concessão do próprio perdão judicial;

¹⁵ Foram editados, com esse objetivo, em 15 de janeiro de 2016, o Decreto Legislativo nº 7 (*Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civile*) e o Decreto Legislativo nº 8 (*Disposizioni in materia di depenalizzazione*).

¹⁶ *Depenalizzazione e Decriminalizzazione. Analisi ragionata dei Decreti Legislativi nn. 7 e 8 del 15 gennaio 2016*. Romagna: Maggioli Editore, 2016, p. 21.

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

(d) imprescindibilidade de apreciação judicial, o que significa dizer que competirá ao Poder Judiciário avaliar a presença dos requisitos exigidos e permitir a fruição, pelo indigitado autor do ilícito, dos benefícios autorizados pela legislação.

Apesar de a Lei nº 8.072/1990 ter introduzido um novo flanco de atuação da persecução penal, muitos colocaram em dúvida a higidez ética e pragmática do novo instrumento. Alguns argumentavam com o não aprofundamento do debate a respeito das consequências que podem *"advir da consagração da traição como regra nas relações humanas"*.¹⁷ Outros com a dificuldade de os delatores sobreviverem no cárcere¹⁸ e a ausência de um serviço de proteção à testemunha estruturado de forma eficiente, de modo a oferecer um mínimo de segurança à efetivação da delação.¹⁹ Críticas à parte, parece-nos que o novo instituto efetivamente contribui para a prevenção geral, já que mantém uma espada de Dâmocles sobre a cabeça dos criminosos, os quais sempre correrão o risco de um dos comparsas, cuja conduta criminosa por si só não atesta um padrão de ética e solidariedade humana, vir a colaborar com as autoridades.

O mesmo norte foi trilhado pelos demais diplomas normativos afetos à temática. Ressalte-se, apenas, que o balizamento (a) foi sensivelmente abrandado pela Lei nº 9.807/1999, que disciplina o sistema de proteção de testemunhas e não estabeleceu qualquer restrição, em seus arts. 13 e 14²⁰, a respeito das infrações penais em que a colaboração voluntária, com efeitos benéficos ao réu, pode ser efetivada. Com isso, passamos a ter a coexistência de uma disciplina geral, estabelecida pela Lei nº 9.807/1999, e de disciplinas específicas, somente aplicáveis às infrações penais previstas no respectivo diploma normativo. A análise da Lei nº 9.807/1999 denota que os benefícios ali previstos, o perdão judicial e a redução de um a dois terços da pena, são bem similares àqueles oferecidos pelas leis específicas, o que certamente facilita a colaboração no âmbito do direito penal.

As disciplinas específicas, além do disposto na Lei nº 8.072/1990, foram previstas nos seguintes diplomas normativos: (a) Lei nº 9.034/1995, revogada pela Lei nº 12.850/2013, que dispunha sobre as organizações criminosas (art. 6º); (b) Lei nº 9.080/1995, que incluiu um §2º no art. 25 da Lei nº 7.492/1986, diploma este que versa sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional, e um parágrafo único, de

¹⁷ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. Notas sobre a Lei nº 8.072/90. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 317

¹⁸ Cf. JESUS, Damásio E. de. O prêmio à delação nos crimes hediondos. In: *Boletim do Instituto de Ciências Criminais*, nº 5, junho de 1993.

¹⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 162-163.

²⁰ Eis o teor dos preceitos: "art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso"; e "art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços".

conteúdo idêntico, no art. 16 da Lei nº 8.137/1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária; (c) Lei nº 9.613/1998, que versa sobre o combate à lavagem de dinheiro (art. 1º, § 5º); e (d) Lei nº 11.343/2006, que dispõe sobre o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (art. 41).

Ainda merece menção a Medida Provisória nº 2.055/2000, convertida na Lei nº 10.149/2000, que alterou a Lei nº 8.884/1994 e dispôs sobre o acordo de leniência a ser celebrado por autoridades administrativas, nos casos de infração contra a ordem econômica. Esse acordo, mantido pela Lei nº 12.529/2011, que revogou parcialmente a Lei nº 8.884/1994, produz reflexos no plano criminal, acarretando a extinção da punibilidade.

Até então, em todas essas modalidades de consensualidade de colaboração, o acordo entre os envolvidos na prática do ilícito e o Estado se apresentava de maneira escalonada. Em outras palavras: primeiro os envolvidos colaboram e, somente ao fim da relação processual, o Estado-juiz avalia a utilidade dessa colaboração. Trata-se, como se percebe, de situação bem distinta daquela presente em um negócio jurídico nos moldes clássicos, no qual a partes negociam condições e definem, com exatidão, o alcance do ajuste. Uma primeira tentativa de alterar esse quadro sobreveio com a Lei nº 10.409/2005, que versava sobre o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e teve vigência efêmera, já que revogada pela Lei nº 11.343/2006. De acordo com o § 2º do seu art. 32, *“o sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça”*. O § 3º, no entanto, reproduzia o modelo tradicional: *“se o oferecimento da denúncia tiver sido anterior à revelação, eficaz, dos demais integrantes da quadrilha, grupo, organização ou bando, ou da localização do produto, substância ou droga ilícita, o juiz, por proposta do representante do Ministério Público, ao proferir a sentença, poderá deixar de aplicar a pena, ou reduzi-la, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), justificando a sua decisão”*.

A grande modificação somente foi promovida pela Lei nº 12.850/2013, que dispôs sobre as organizações criminosas e conferiu detalhada disciplina à denominada *“colaboração premiada”*. Esse diploma normativo é aplicado às organizações criminosas; às infrações penais correlatas; às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; e às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.

A colaboração premiada, disciplinada pelos arts. 4º a 7º da Lei nº 12.850/2013, preserva, em suas linhas gerais, os balizamentos (a), (b) e (c) da *consensualidade de colaboração com avaliação judicial*. A principal distinção decorre do fato de as partes definirem, *a priori*, não só o alcance da colaboração como os efeitos que dela advirão, submetendo sua deliberação à *homologação judicial*. Em outras palavras, o juiz inicia sua atividade a partir do arquétipo do justo moldado pelas partes. Nesse caso, *“o juiz poderá recusar a homologação da proposta que não atender aos requisitos*

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

legais, devolvendo-a às partes para as adequações necessárias" (art. 4º, § 8º). Essa nova redação, atribuída pela Lei nº 13.964/2019, suprimiu a possibilidade de o juiz "adequar" a proposta ao caso concreto.

Para a realização do interesse público, detalhado nos resultados previstos nos incisos do art. 4º (v.g.: prevenção de infrações e recuperação do produto ou do proveito das infrações), há uma ampla margem de liberdade valorativa na estruturação do acordo, subjetivismo que pode se aproximar da linha limítrofe do arbítrio. Alguns operadores têm previsto, por exemplo, cláusulas de êxito, de modo a abater da multa pactuada valor proporcional ao montante recuperado a partir das informações do colaborador. Apesar das críticas de parte da doutrina, que se insurge contra a prática por inexistir lei expressa autorizando-a²¹, parece razoável defender a sua instrumentalidade em relação aos fins a serem alcançados.

A colaboração é admitida nas fases de investigação, tramitação do processo penal e mesmo após a prolação da sentença, sendo sempre aceita a retratação pelas partes, o que impedirá que as provas autoincriminatórias produzidas sejam utilizadas exclusivamente em seu desfavor. Ainda merece realce a curiosa opção legislativa de inserir o Delegado de Polícia no conceito de "parte", o que, em rigor lógico, termina por lhe conferir legitimidade processual (anomalia há muito incorporada em nosso sistema com a possibilidade desse agente representar pela decretação da prisão provisória e de outras medidas) e o correlato poder de disposição sobre a acusação (*rectius*: pode representar pelo perdão judicial ainda na fase de inquérito), embora seja o Ministério Público, por imperativo constitucional, o *dominus litis* da ação penal. Esta última possibilidade terminou por ser afastada pelo Supremo Tribunal Federal²².

Vistos os contornos básicos da consensualidade de colaboração, resta analisar a *consensualidade de pura reprimenda*, em que ocorre a imediata aceitação de uma reprimenda, independentemente do fornecimento de qualquer informação útil pelo autor do ilícito, e é largamente utilizada em outros sistemas jurídicos, com especial realce para o norte-americano. Trata-se de técnica de operatividade do próprio sistema, que poderia ser inviabilizado com a persecução penal de toda e qualquer infração.

O grande marco dessa espécie de consensualidade, verdadeira revolução no sistema penal brasileiro, foi alcançado com a promulgação da Lei nº 9.099/1995, que regulamentou o disposto no art. 98, I, da Constituição da República e disciplinou os juizados especiais cíveis e criminais. Ali foi prevista a aplicação, às infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas, após o advento da Lei nº 11.313/2006, as contravenções e os crimes cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos de prisão: (a) do instituto da composição civil (art. 74), ajuste estabelecido entre o autor do

²¹ Cf. DE MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan e BONACCORSI, Daniela Villani. A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro – um estudo a partir da "Operação Lava Jato". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122, set.-out./2016, p. 93 e ss.

²² O Supremo Tribunal Federal, embora tenha reconhecido a constitucionalidade da competência outorgada ao Delegado de Polícia para celebrar o acordo de colaboração premiada, não admitiu que essa iniciativa afetasse a persecução penal, afeta ao Ministério Público, com a negociação de perdão judicial: STF, ADI nº 5.508/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 20/06/2018, DJe de 05/11/2019.

fato e a vítima que importa em renúncia tácita, por esta última, à ação penal privada e à ação penal pública condicionada à representação; e (b) da transação penal (art. 76), acordo firmado entre o Ministério Público e o autor do fato, no qual este último aceita a imediata imposição de multa ou de pena restritiva de direitos sem que, para tanto, sequer tenha sido oferecida a respectiva denúncia,²³ acrescendo que a medida não está associada ao reconhecimento de culpa ou pressupõe condenação. Além disso, previu a possibilidade de suspensão condicional do processo (art. 89), nas hipóteses em que a pena cominada não seja superior a 2 (dois) anos de prisão, a partir de um ajuste firmado entre o Ministério Público e o réu. No mesmo sentido, dispôs a Lei nº 10.259/2011, que disciplinou os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal, sendo posteriormente modificada pela Lei nº 11.313/2006. Em todos esses ajustes é inexoravelmente necessária a homologação judicial.

O sistema brasileiro ainda veio a sofrer nova alteração estrutural nos idos de 2017. O curioso é que essa alteração foi promovida por meio de um ato infralegal. Trata-se do art. 18 da Resolução nº 181, do Conselho Nacional do Ministério Público, de 7 de agosto de 2017, publicada em 8 de setembro. Esse preceito, em sua redação original, disciplinou o denominado "*acordo de não persecução penal*", celebrado pelo Ministério Público com o investigado e seu advogado, o qual, uma vez cumprido, ensejaria a promoção de arquivamento da investigação. Tratava-se de faculdade da Instituição, não de direito subjetivo do réu. Sua celebração exigia que o investigado confessasse a prática da infração penal, praticada sem violência ou grave ameaça à pessoa, indicasse provas de seu cometimento e ainda cumprisse, conforme os termos do acordo, de forma cumulativa, ou não, os seguintes requisitos: "*I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos artigos 91 e 92 do Código Penal; III – comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail; IV – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; V – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; VI – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada*". É intuitivo que deveria existir uma relação de proporcionalidade entre esses requisitos e a natureza da infração.

Não era admitida a celebração do acordo quando "*I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de coordenação; III – o investigado incorra*

²³ Na sistemática da Lei nº 9.605/1998, a transação, nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, deve ser antecedida de prévia reparação do dano ambiental, conforme dispõe o seu art. 27.

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei n. 9.099/95; IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal”.

Essa mitigação ao princípio da obrigatoriedade avançava em seara estranha à consensualidade até então adotada no sistema penal brasileiro, que jamais prescindiu da homologação do Poder Judiciário. Embora não sejam aplicadas verdadeiras penas, pois o acordo era celebrado e cumprido durante a fase de investigação, somente chegando ao conhecimento do Poder Judiciário com a promoção de arquivamento, havia reflexos diretos e incisivos na persecução penal, reflexos estes que, consoante a legislação vigente, sempre estiveram sujeitos ao crivo do Judiciário. Na sistemática original da Resolução, restaria ao juízo competente analisar a promoção de arquivamento, e, caso entendesse que o acordo era ilegal ou que os requisitos nele estabelecidos não eram suficientes à prevenção penal, geral ou especial, remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça ou à Câmara de Coordenação e Revisão, que poderia insistir no arquivamento ou determinar o prosseguimento das investigações ou o oferecimento de denúncia. O juízo valorativo final, portanto, passava do Poder judiciário ao Ministério Público. O investigado, ademais, poderia cumprir o acordo e ainda ser processado caso o juízo competente rejeitasse o arquivamento e o Procurador-Geral determinasse o oferecimento de denúncia.

O art. 18 da Resolução CNMP nº 181/2017 foi remodelado pela Resolução nº 183/2018. Em relação às inovações, merece referência, em primeiro lugar, a limitação do acordo às infrações penais cuja pena mínima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos. Entre as hipóteses em que não é admitida a celebração do acordo, foram acrescidas o fato de se tratar de crime hediondo ou alcançado pela Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) ou quando o acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Por fim, a principal modificação consistiu na determinação de submissão do acordo, ao Poder Judiciário, antes do seu cumprimento. A palavra final, no entanto, foi mantida no Ministério Público.

Apesar de serem louváveis os objetivos do acordo, era factível que o art. 18 da Resolução CNMP nº 181/2017 avançava em demasia em seara afeta à lei processual penal, o que atrai a competência legislativa privativa da União (CR/1988, art. 24, I), com a necessária participação do Congresso Nacional (CR/1988, art. 48, *caput*). Entender que a edição dessa espécie de norma, por um colegiado destituído de legitimidade democrática, seria possível pelo fato de o poder regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público estar lastreado diretamente na Constituição, sendo um “*poder normativo primário*”, era romper as áreas do inusitado, máxime por estarmos perante um comando que terá reflexos diretos na esfera jurídica individual.

A Lei nº 13.964/2019 inseriu o art. 28-A no Código de Processo Penal e encobriu o acordo de não persecução penal com o manto da legalidade, sendo encampados os contornos básicos estabelecidos pelo regulamento. O acordo será homologado em audiência (§ 4º), mas, caso o juiz entenda que não observa a proporcionalidade, o devolverá ao Ministério Público para a sua reformulação (§ 5º). Essa homologação também poderá ser recusada caso o acordo não atenda aos requisitos legais ou a

reformulação alvitrada não seja promovida (§ 7º). Na hipótese de recusa, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para que analise a necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento de denúncia (§ 8º). Uma vez homologado o acordo, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para que inicie a sua execução perante o juízo de execução penal (§ 6º): o cumprimento acarretará a extinção da punibilidade (§ 13), enquanto o descumprimento de alguma condição ensejará que seja requerida a sua rescisão pelo juízo, com posterior oferecimento de denúncia (§ 10). A celebração e o cumprimento do acordo não serão considerados para fins de antecedentes criminais, apenas obstando que outro ajuste seja firmado nos cinco anos subsequentes (§ 12). Na hipótese de recusa na formulação da proposta de acordo, o investigado pode requerer a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28 (§ 14).

3.2. Direito sancionador cível

A utilização da consensualidade no âmbito da reparação de danos, tanto na tutela individual como na coletiva, há muito é encampada pelo nosso sistema. Um primeiro aspecto a ser analisado é o de que o uso da consensualidade na tutela coletiva em geral é regido por regras próprias, que não se identificam com aquelas afetas à consensualidade no direito sancionador cível. Em verdade, contam com legitimados diversos, procedimentos distintos, e o objetivo da primeira está nitidamente direcionado à prevenção e à reparação, não propriamente à punição.

Como se sabe, a Lei nº 7.347/1985, grande marco do direito brasileiro na tutela dos interesses difusos e coletivos, não contemplou, em sua redação original, a figura do compromisso de ajustamento de conduta. Somente com o advento da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que o previu em seu art. 211, é que ocorreu a sua introdução no direito brasileiro. Pouco depois, o art. 113 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) inseriu um § 6º no art. 5º da Lei nº 7.347/1985, o que permitiu a sua utilização em relação a outros interesses difusos e coletivos.

O compromisso de ajustamento de conduta é um negócio jurídico celebrado, de um lado, por uma estrutura estatal de poder, cognominada de *órgão público* pelo § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, como são os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), o Ministério Público, a Defensoria Pública e os órgãos públicos propriamente ditos, desprovidos de personalidade jurídica e legitimados à propositura de ações coletivas (v.g.: o Procon na defesa do consumidor), e, de outro, o violador, atual ou iminente, de interesses transindividuais. A referência a órgão público indica que organizações da sociedade civil, qualquer que seja a sua natureza jurídica, não podem instar o violador a celebrá-lo.

Questão controversa diz respeito à possibilidade, ou não, de entes da Administração Pública indireta celebrarem ajustes dessa natureza.

Não precisam ser realçadas as dificuldades hermenêuticas que a expressão *órgãos públicos* traz consigo. Em rigor lógico, são centros de competências administrativas, destituídos de personalidade jurídica, que congregam agentes

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

públicos responsáveis pelo exercício das respectivas competências. A prevalecer esse conceito, sequer os entes federativos poderiam celebrar os ajustes, já que, por terem personalidade jurídica, seriam um *plus* em relação ao mero órgão. É fácil perceber que interpretações extremadas como essa não conduziram a resultados satisfatórios.

A interpretação que conduz a resultados mais razoáveis parece ser a que associa o caráter *público* do órgão ao fato de ser ou estar integrado a uma estrutura estatal de poder, não à personalidade jurídica de direito público da respectiva estrutura estatal de poder ou, no caso de órgão despersonalizado (*v.g.*: Procon),²⁴ à personalidade jurídica da mesma estrutura em que inserido. Com isso, assegura-se a paridade entre os *órgãos* legitimados ao ajuizamento da ação civil pública, elencados nos incisos do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, e aqueles legitimados à celebração do compromisso de ajustamento de conduta. Portanto, deve ser admitida a celebração do ajuste por todos os entes da Administração Pública indireta, quer tenham personalidade jurídica de direito público, quer de direito privado.²⁵ Especificamente em relação às empresas públicas e às sociedades de economia mista, tal não importará em qualquer tratamento privilegiado a esses entes, com a possível afronta ao disposto no art. 173, § 1º, II, da Constituição da República, que estabelece a sua sujeição ao mesmo regime jurídico das sociedades empresárias de direito privado. Afinal, estas últimas não têm legitimidade para a tutela dos interesses transindividuais. Na medida em que empresas públicas e sociedades de economia mista são ontologicamente distintas das associações, quer no plano da constituição, quer no da funcionalidade, não há qualquer incongruência na exclusão destas últimas.

A exemplo dos demais negócios jurídicos, o compromisso de ajustamento de conduta deve preencher os requisitos de validade.²⁶ As partes devem ser capazes, de modo a exteriorizar livremente a sua vontade, sem qualquer vício de consentimento. A forma, em linha de princípio, é livre, o que não afasta a possibilidade de os órgãos públicos estabelecerem diretrizes internas a respeito de sua estrutura básica. O objeto deve ser lícito, exigindo que as obrigações assumidas ajustem-se à legislação de regência. Sob essa ótica, deve ser utilizado como paradigma o provimento jurisdicional passível de ser obtido ao fim da ação civil pública. Portanto, consoante o art. 3º da Lei nº 7.347/1985, podem ser pactuadas obrigações de dar, ressaltando-se que o numerário

²⁴ A Lei nº 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas decorrentes de atividades lesivas ao meio ambiente, autorizou, em seu art. 79-A, que os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA celebrem termo de compromisso.

²⁵ Nesse sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 328; e BUGALHO, Nelson Roberto. Instrumentos de controle extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 37, jan.-mar./2005, p. 96 e ss.

²⁶ Cf. GARCIA, Emerson. Ministério Público. *Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 457.

obtido deve ser endereçado ao fundo referido no art. 13,²⁷ fazer ou não fazer.²⁸ Além disso, as obrigações assumidas devem ser líquidas, de modo a não comprometer a sua eficácia, e deve ser cominada multa para a hipótese de inadimplemento.

O compromisso, ademais, deve ser reduzido a termo, dispensa a assinatura de testemunhas e não carece de homologação judicial para a integração de sua eficácia. Essa eficácia, é importante frisar, surge tão logo o termo, formal e materialmente hígido, é firmado. Em se tratando de compromisso firmado pelo Ministério Público, nos autos de inquérito civil, o seu integral cumprimento ensejará a formulação da promoção de arquivamento, pelo órgão de execução com atribuição, a ser apreciada pelo Conselho Superior do Ministério Público, nos termos do art. 9º da Lei nº 7.347/1985. Note-se que a sistemática legal somente permite a deflagração desse instrumento de controle interno com o esgotamento das diligências investigativas e a decisão de não se ajuizar a ação civil pública. Trata-se, portanto, da fiscalização do *non facere*. Em rigor lógico, não compete ao Conselho fiscalizar o *facere*, presente na expedição de recomendação, na celebração de termo de compromisso ou no ajuizamento de ação civil pública. Apesar dessa constatação, não tem sido incomum, em alguns Estados da Federação, a inserção de cláusula, no termo de compromisso, condicionando a sua eficácia à prévia homologação pelo Conselho Superior, o que, aliás, foi expressamente previsto no parágrafo único do art. 112 da Lei Complementar Estadual nº 734/1993, que veiculou a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo. Essa sistemática, conquanto benéfica ao outro pactuante, pois afasta o risco de o colegiado entender que o termo não protegeu a contento o interesse transindividual tutelado, não encontra ressonância na Lei nº 7.347/1985.

O compromisso de ajustamento de conduta tem a natureza de título executivo extrajudicial, nos termos do § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, de modo que qualquer legitimado pode promover a execução forçada, conforme os arts. 778 e 784, XII, do CPC/2015. Diz-se qualquer legitimado por uma razão bem simples: não há vínculo de titularidade entre o legitimado que celebrou o termo de compromisso e o direito material tutelado.

A grande importância desse compromisso reside em evitar a judicialização de questões que podem ser resolvidas a partir da convergência de vontades dos próprios pactuantes. A solução assim obtida tende a ser mais célere e menos traumática para

²⁷ O Fundo de Defesa de Direitos Difusos foi inicialmente regulamentado pelo Decreto nº 92.302/1986, alterado pelo Decreto nº 96.617/1988 e posteriormente revogado pelo Decreto nº 1.306/1994. A Lei nº 9.008/1995 criou, na estrutura do Ministério da Justiça, o Conselho Federal a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347/1985, e dispôs sobre a origem das receitas do fundo e suas finalidades. Dentre as fontes de receitas previstas no art. 2º da Lei nº 9.008/1995, não há referência expressa àquelas associadas aos compromissos de ajustamento de conduta. Apesar disso, a doutrina, corretamente, tem se posicionado nesse sentido. Afinal, a funcionalidade dessas receitas há de ser a mesma daquelas decorrentes de condenação judicial, daí a razão de convergirem para o mesmo Fundo. *Vide*: MILARÉ, Édis, SETZER, Joana e CASTANHO, Renata. O Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo de Defesa de Direitos Difusos. *In: Revista de Direito Ambiental*, vol. 38, abr.-jun./2005, p. 9 e ss.

²⁸ O STJ considerou ilegal o termo de ajustamento de conduta em que foi pactuada obrigação de dar diversa da entrega de recursos ao fundo a que se refere o art. 13 da Lei n. 7.347/1985: 1ª T., REsp nº 802.060/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/12/2009, DJe de 22/02/2010.

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

todos, máxime para o violador do direito transindividual, que pode ter, entre outras vantagens, prazos mais compatíveis com a sua realidade para o cumprimento da obrigação. Foi justamente essa constatação que conduziu à mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação civil pública, possibilitando seja alcançado o mesmo resultado útil por instrumento diverso. A busca por esse resultado útil, ainda que trilhada por percursos distintos, é direcionada pelo princípio da indisponibilidade do interesse.

O termo assume feição híbrida: no que diz respeito ao direito material, atua como mero ato de reconhecimento de uma obrigação preexistente e que pode vir a ser reconhecida por sentença judicial (v.g.: o dever jurídico de reflorestar uma área, de cessar uma prática comercial abusiva etc.), quanto aos aspectos periféricos, consubstancia verdadeira transação.

Caso outro colegitimado entenda que o termo de compromisso não se mostra suficiente à proteção dos interesses transindividuais, é possível que venha a requerer em juízo as medidas que, em sua visão, sejam necessárias à tutela desses interesses.²⁹ Se o termo afrontá-los, ao invés de protegê-los, pode pleitear a sua própria anulação, o que pressupõe a demonstração de um vício de juridicidade no negócio jurídico. Apesar de o celebrante do termo atuar como substituto processual, o que autorizaria o entendimento de que os efeitos dos seus atos se estenderiam aos demais substitutos em potencial, a hipótese comporta reflexões suplementares. Como é reconhecida, em relação aos órgãos públicos, a legitimidade concorrente para a celebração do termo e para a propositura da ação, ao que se soma a constatação de que a *ratio* dessa atuação é preservar o interesse social, não nos parece adequado permitir que termos circundados de atecnia ou mesmo de má-fé possam transmutar em disponível aquilo que, em essência, é indisponível. Entendimento contrário, ademais, permitiria fossem afastadas da apreciação do Poder Judiciário lesões de monta a direitos de indiscutível importância para o organismo social³⁰.

Não se admite, no entanto, que o objetivo de retirar a eficácia do termo de compromisso de ajustamento de conduta seja alcançado de maneira indireta, por outro legitimado, com a assinatura de termo distinto, com conteúdo diverso do anterior.

A funcionalidade do termo de compromisso de conduta, como se disse, é a de evitar a violação ou recompor o bem jurídico tutelado. O seu objetivo não é propriamente o de reduzir a esfera jurídica individual, o que denota profunda distinção em relação à consensualidade de colaboração ou de pura reprimenda afeta ao direito sancionador propriamente dito. Essa premissa certamente facilita a compreensão do art. 5º, LXXIII, da Constituição da República, que autoriza o ajuizamento da ação popular, por qualquer cidadão, para anular ato lesivo ao patrimônio público, e do art. 1º, VIII, da

²⁹ O CPC/2015, em seu art. 785, admite, expressamente, a opção pelo processo de conhecimento quando a parte já dispuser do título executivo extrajudicial. Não haverá que se falar, portanto, em falta de interesse processual, como já defendido (vide: MAZZILLI. *Compromisso...*, p. 93 e ss.).

³⁰ Nesse sentido: STJ, 2ª T., REsp. nº 265.300/MG, rel. Min. Humberto Martins, j. em 21/09/2006, DJ de 02/10/2006. Esse Tribunal, aliás, já entendeu ser possível o ajuizamento de ação popular para impugnar acordo judicial, celebrado pelo Ministério Público no curso de ação civil pública, que se entendeu lesivo ao patrimônio público: 1ª T., REsp nº 450.431/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 18/09/2003, DJU de 20/10/2003.

7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 13.004/2014, segundo o qual “*regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais*” causados “*ao patrimônio público e social*”. Essa responsabilização, como é intuitivo, é a cível *stricto sensu*, calcada no referencial de reparação; não a cível *lato sensu*, afeta ao direito sancionador cível ou direito sancionador extrapenal judicial cível *lato sensu*. Portanto, apesar de o termo de ajustamento de conduta estar previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, ele não se presta à consensualidade de colaboração ou de pura reprimenda. Se o objetivo de algum operador do direito for utilizá-lo, fá-lo-á com base em norma diversa que não essa.

Apesar disso, ainda que o termo de ajustamento não possa incursionar no direito sancionador propriamente dito, é perfeitamente defensável a tese de que pode adentrar na seara da reparação ou da recomposição, ainda que seja formalmente cognominada de sanção. É o que ocorre, por exemplo, com a reparação do dano e a perda de bens ou valores adquiridos ilícitamente. Como o termo não é suficiente para afastar o ilícito e a sanção correlata, ainda que o infrator venha a celebrá-lo, não ficará livre das medidas (*rectius*: sanções propriamente ditas) que restrinjam a sua esfera jurídica. O termo será um acordo integrativo, não substitutivo da sanção cominada.

No âmbito do direito sancionador cível, a Lei nº 8.429/1992, em seu art. 17, § 1º, vedava expressamente a celebração de “*transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput*”. Na medida em que a consensualidade se espraiava pelo direito penal e, como veremos, pelo direito sancionador administrativo, foi natural o surgimento do entendimento que apregoava a total erosão da força normativa desse preceito, que teria sido tacitamente revogado pelo sistema em que inserido. Esse entendimento era sistemicamente defensável, apesar das corruptelas argumentativas, como a de que o § 4º do art. 36 da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), que apenas tratava de uma contenda entre estruturas estatais de poder, exigindo que o acordo eventualmente celebrado, com reflexos em uma ação de improbidade administrativa, fosse homologado pelo juízo em que tramitava esta demanda (v.g.: na ação de improbidade administrativa ajuizada em face do agente público, discutia-se a causação de dano ao patrimônio público no montante x, enquanto o acordo entre as estruturas estatais estatuiu que o dano não ocorra ou que o seu montante era y). A Medida Provisória nº 703/2015 chegou a promover a revogação expressa desse preceito, mas perdeu a eficácia pelo decurso do tempo.

Remontam a esse momento as iniciativas adotadas em diversas unidades do Ministério Público, no sentido de que o termo de compromisso de ajustamento de conduta poderia ser utilizado no âmbito da improbidade administrativa. O principal reflexo desse entendimento, preconizado pelo próprio Conselho Nacional do Ministério Público na Resolução nº 179 (art. 1º, § 2º), era o de que o resultado do ajuste consistia na formação de um título executivo extrajudicial, o que terminava por atrair o uso de subterfúgios que permitissem a incidência das sanções de suspensão dos direitos políticos e de perda da função pública, para as quais é exigido o trânsito em julgado da

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

sentença condenatória (Lei nº 8.429/1992, art. 20, *caput*). Os subterfúgios normalmente consistiam na previsão de que o agente público “renunciava” a esses direitos.

O uso do termo de ajustamento de conduta nessa seara, a exemplo de toda e qualquer adaptação, trazia complicadores. Ainda que o diálogo entre as fontes seja algo não só desejável, como produtivo, o que valoriza o caráter sistêmico do direito e evita rupturas em uma concepção mais alargada de isonomia, ele não pode chegar ao extremo de desestruturar o próprio sistema. Explica-se: a existência de instâncias independentes não permite que requisitos, instrumentos e consequências afetas a uma seara sejam livremente transpostas para outra. Esse obrar, longe de ser um “diálogo”, seria verdadeira “violência sistêmica”, máxime quando o operador do direito não tivesse nenhum balizamento legal, repita-se, nenhum, para definir os efeitos da consensualidade no sistema em que seria inserida. Nesse caso, o novo “sistema”, se é que podemos cognominá-lo como tal, seria criado *ab ovo* pelo intérprete³¹. Essa constatação, por certo, não representa qualquer óbice a que a reparação do dano e a perda dos bens adquiridos ilicitamente seja objeto de termo de ajustamento de conduta. Afinal, ontologicamente, não consubstanciam verdadeiras sanções, buscando apenas a recomposição do *status quo*.

O grande problema da adaptação, em verdade, decorria da ausência de balizamentos sistêmicos, a exemplo da legitimidade para a celebração do acordo, o que era particularmente relevante ao lembrarmos que tanto o Ministério Público como a pessoa jurídica lesada podem ajuizar as ações; dos ilícitos em que seria cabível o ajuste; das sanções que poderiam ser, ou não, negociadas; e, o mais importante, o procedimento a ser seguido. É neste último plano que se insere a discussão em torno da necessidade de homologação judicial, o que decorre da constatação de que somente o juiz pode aplicar as sanções previstas na Lei nº 8.429/1992. Essa necessidade, no entanto, foi simplesmente afastada pela maioria dos atos regulamentares editados no âmbito do Ministério Público. A Lei nº 13.964/2019 não só afastou a vedação para a celebração de acordos, como instituiu ajuste específico, o acordo de não persecução cível, que será objeto de análise em tópico próprio.

O curioso é que, apesar da superveniência de lei instituindo o acordo de não persecução cível no âmbito da improbidade administrativa, há quem afirme que, à mingua de revogação expressa, o art. 1º, § 2º, da Resolução CNMP nº 179/2017, que admite a celebração do termo de ajustamento de conduta, continua em vigor. A esse respeito, é de bom alvitre a leitura da parte final do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *verbis*: “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.” Caso se conclua, ao fim da investigação, que a conduta praticada não configura ato de improbidade administrativa, mas que existem aspectos afetos a interesses difusos e coletivos que devem ser protegidos, será possível

³¹ Também se posicionando em sentido contrário à utilização da colaboração premiada no âmbito da improbidade administrativa, mas admitindo a utilização dos elementos probatórios obtidos em outras instâncias de responsabilização, *vide*: ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa...*, p. 914-916.

a celebração de termo de ajustamento de conduta, não de acordo de não persecução cível. Este último ajuste, à evidência, pressupõe a existência de indícios efetivos da prática do ato de improbidade administrativa, a exemplo do que é exigido, no âmbito do acordo de não persecução criminal, em relação ao crime.

Enquanto a Lei nº 8.429/1992 vedava a celebração de acordos, a Lei nº 12.846/2013 os admitia expressamente, o que contribuía, em muito, para aumentar o sentimento de que a vedação era incôgruente. Esse diploma legal dispôs sobre a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, nos planos administrativo e cível, pela prática de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira. Estatuiu, em seu art. 5º, uma unidade de tipologia, que seria aplicada indistintamente nas duas esferas de responsabilização, daí decorrendo, conforme o caso, a aplicação de sanções administrativas ou de sanções cíveis, estas últimas da alçada de um juiz, sem prejuízo daquelas previstas na Lei nº 8.429/1992.

Além de detalhar sujeitos, tipologia, sanções e o processo administrativo e judicial, a Lei nº 12.846/2013 também dispôs, em seu art. 16, sobre o *acordo de leniência* no âmbito do processo administrativo sancionador, podendo ser celebrado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública. Essa competência, no âmbito do Poder Executivo Federal, é concentrada na Controladoria-Geral da União, o mesmo ocorrendo em relação aos atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira. O objetivo é o de suavizar as consequências do ilícito em razão da colaboração do respectivo autor.

Os contornos gerais desse acordo se ajustam ao modelo de consensualidade de colaboração e se projetarão no plano administrativo, isentando a pessoa jurídica da sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória e reduzindo em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável, e no plano jurisdicional, afastando a proibição de receber incentivos, subsídios, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público. Nesse caso, estamos perante uma exceção ao traço estrutural a que temos nos referido, sendo permitido que o acordo celebrado produza efeitos sem ser homologado pela autoridade competente para aplicar as sanções cíveis, *in casu*, o juiz.

A Lei nº 12.846/2013 também autorizou, em seu art. 17, que a Administração Pública celebrasse acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática dos ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

A limitação dos efeitos do acordo de leniência ao processo administrativo destinado à apuração de responsabilidades com base na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 12.846/2013, bem como ao processo judicial voltado à aplicação das sanções previstas neste último diploma legal, indica uma opção consciente de não estendê-lo a outras esferas de responsabilização. Esse aspecto torna-se bem nítido ao observarmos o teor do art. 30, I, da Lei nº 12.846/2013, segundo o qual a aplicação das sanções previstas neste diploma legal "*não afeta os processos de responsabilização e aplicação*

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

de penalidades decorrentes" de "ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992".

Apesar de a Lei nº 12.846/2013 somente fazer menção à celebração do acordo de leniência pela Administração Pública, é argumentativamente defensável a tese de que o Ministério Público também poderia celebrá-lo. A uma, o acordo de leniência tem como efeito afastar a aplicação de uma das sanções passíveis de serem aplicadas no processo judicial, aquela prevista no art. 19, IV, sendo o Ministério Público um dos legitimados ao ajuizamento da ação civil. A duas, como é possível a aplicação, no processo judicial, das sanções administrativas previstas no art. 6º, se houver omissão da autoridade competente para promover a responsabilização administrativa, conforme prevê o art. 20, nada impediria que o Ministério Público celebrasse o acordo com o objetivo de obter informações úteis à persecução do ilícito. A três, a celebração do acordo é perfeitamente compatível com as funções institucionais do Ministério Público, instrumentalizando-as. Apesar disso, parece-nos que essa possibilidade assumirá contornos subsidiários. Afinal, os principais efeitos do acordo se apresentam no plano administrativo, com a redução de uma sanção, a multa, e a supressão de outra, a publicação extraordinária da decisão, e o Ministério Público não poderia impedir, com a sua iniciativa, a instauração do processo administrativo pela autoridade competente. Outro aspecto digno de nota é o de que o Ministério Público não poderia simplesmente utilizar o invólucro cognominado de "*acordo de leniência*" e atribuir-lhe qualquer conteúdo. O conteúdo há de ser, sempre e sempre, aquele previsto em lei.

3.3. Direito sancionador administrativo

No direito brasileiro, o uso da consensualidade no âmbito do direito sancionador administrativo foi inicialmente contextualizado na defesa da ordem econômica. São utilizados basicamente dois instrumentos, com predomínio da consensualidade, no combate às práticas lesivas à concorrência: o acordo de leniência e o compromisso de cessação de conduta, opções que se oferecem para evitar a tramitação do processo administrativo regular, em que é possível a aplicação de sanção ao final.

O acordo de leniência foi introduzido pela Medida Provisória nº 2.055, de 11 de agosto de 2000, reeditada quatro vezes até ser convertida na Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000. Este diploma normativo alterou a Lei nº 8.884/1994, que criara o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e dispusera sobre as infrações contra a ordem econômica, para autorizar, no art. 35-B, a celebração de acordo visando à extinção da ação punitiva da Administração Pública ou à redução da penalidade aplicável à pessoa física ou jurídica autora da infração, neste último caso, desde que fosse a primeira a procurar as autoridades e efetivamente colaborasse para a identificação dos demais envolvidos. Trata-se de uma "*corrida para tocar o sino (ring the bell)*"³², de modo a incentivar a colaboração com as autoridades. O benefício,

³² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O acordo de leniência na Lei Anticorrupção. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 947, set./2014, p. 157 e ss.

no entanto, não alcança aqueles que “tenham estado à frente da conduta tida como infracionária”, mas seria extensivo aos dirigentes e administradores que firmassem o mesmo instrumento.

O acordo seria celebrado pela União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, e não se sujeitaria à homologação do CADE, que deveria apenas seguir os seus termos.

O art. 35-C, por sua vez, dispôs expressamente sobre a interpenetração entre as instâncias penal e administrativa ao estatuir que, nos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei nº 8.137/1990, a celebração do acordo de leniência acarretaria a suspensão do prazo prescricional e impediria o oferecimento da denúncia. Cumprido o acordo, seria extinta a punibilidade.

Em momento posterior, a Lei nº.12.529, de 30 de novembro de 2011, revogou dispositivos da Lei nº 8.884/1994 e passou a disciplinar a matéria em seus arts. 86 e 87. O acordo de leniência, doravante, passou a ser celebrado pelo CADE, por intermédio de sua Superintendência-Geral, e os seus efeitos seriam analisados pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, órgão também vinculado à autarquia. Os seus efeitos, ademais, além de se projetarem sobre os crimes tipificados na Lei nº 8.137/1990, também alcançariam aqueles tipificados na Lei nº 8.666/1993 e no art. 288 do Código Penal. O acordo, portanto, produz efeitos administrativos e penais. Trata-se de marcante exceção a um traço estrutural do direito sancionador brasileiro, o de que a autoridade competente para aplicar sanções também o é para homologar os acordos que lhes digam respeito.

É no mínimo duvidosa a constitucionalidade do comando legal que transfere a autoridade administrativa que não o Ministério Público, titular da ação penal, conforme o art. 129, I, da Constituição de 1988, o juízo valorativo a respeito da extinção da punibilidade de uma infração penal. A punibilidade da infração penal é inerente à sua tipificação e consequente cominação da sanção para aqueles que a praticarem, o que permite concluir que é alcançada pelo princípio da legalidade penal, extraído da regra do art. 5º, XXXIX, da Constituição de 1988, segundo o qual “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Quando a lei atribui efeitos penais a um acordo direcionado por influxos de conveniência e oportunidade, inerentes à decisão de celebrá-lo, ou não, é evidente a transferência, do plano legal para o administrativo, de uma sistemática nitidamente afeta ao primeiro. A lei pode estabelecer as causas de extinção da punibilidade, já que a própria ação penal é promovida “*na forma da lei*”, conforme o referido art. 129, I, mas não parece possível que a lei transfira ao CADE o poder decisório a esse respeito^{33 34}.

³³ Em sentido contrário, defendendo a constitucionalidade dessa causa extintiva da punibilidade com base no argumento de que a ação penal é ajuizada “*na forma da lei*”, que pode mitigar a sua obrigatoriedade, bem como que referida extinção não decorre de decisão administrativa do CADE, mas da lei, *vide*: MAZZUCATO, Paolo Zupo. Acordo de Leniência: Questões Controvertidas sobre o Art. 35-C da Lei Antitruste. *In: Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 169 e ss.

³⁴ Não é incomum que se busque contornar a tese da inconstitucionalidade, incluindo-se o Ministério Público Federal ou Estadual, conforme o caso, como signatário do respectivo acordo de leniência. *Cf.*

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

A disciplina do acordo de leniência no direito brasileiro ainda apresenta outro complicador em termos de previsibilidade de suas consequências em relação ao colaborador. Trata-se da possibilidade de os documentos que lastrearam o acordo serem utilizados em outra instância de responsabilização a partir de requisição judicial. Tal pode ocorrer caso sejam ajuizadas ações civis de reparação dos danos causados pelo cartel, o que torna a posição jurídica do colaborador particularmente frágil, inclusive por ter expressamente reconhecido a prática do ilícito. Apesar de sua relevância, a matéria não foi disciplinada na Lei nº 12.529/2011, inexistindo qualquer isenção de responsabilidade para o colaborador³⁵. No direito europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia já decidiu que caberia aos juízes nacionais valorar os fatos e alcançar o equilíbrio possível entre o direito à reparação dos danos causados pelo cartel e a efetividade do acordo de leniência, ponderando, com isso, os interesses protegidos pelo direito da União³⁶.

O segundo instrumento utilizado é o compromisso de cessação de conduta, introduzido no sistema jurídico brasileiro pelo Decreto nº 92.323/1986, que regulamentou a Lei nº 4.137/1962, posteriormente revogada pela Lei nº 8.884/1994. O referido Decreto, sob cuja égide não foi celebrado nenhum compromisso de cessação, ainda foi sucedido pelo de nº 36/1991, que também não produziu qualquer efeito prático, já que ambos não detalhavam o procedimento a ser seguido na celebração do compromisso ou os incentivos para que o administrado o celebrasse³⁷.

Nova disciplina foi veiculada pelo art. 53 da Lei nº 8.884/1994, sendo inicialmente regulamentado pela Resolução nº 46 do CADE. Nesse instrumento, a pessoa jurídica sob investigação por infração à ordem econômica acordava, com o CADE ou com a Secretaria de Desenvolvimento Econômico, *ad referendum* do CADE, a cessação de sua conduta, sem olvidar a necessidade de reconhecimento da prática do ilícito, exigência esta sempre inserida nos acordos, apesar do silêncio da legislação³⁸. Esse reconhecimento, é importante frisar, parte da premissa de que o compromisso de

DRAGO. Acordos de Leniência... In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 14, jan./2007, p. 49; DE CAMPOS, Marcos Vinícius (coordenador). Painel I – cartéis: interface administrativa e criminal. In *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 14, jan./2007, p. 19 e ss.; SILVA E SOUZA, Nayara Mendonça. Mecanismos de Proteção ao Programa de Leniência Brasileiro. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 26, jul.-dez./2014, p. 115 e ss.; RIBEIRO, Amadeu e NOVIS, Maria Eugênia. Programa Brasileiro de Leniência: Evolução, Efetividade e Possíveis Aperfeiçoamentos. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 147 e ss.; e RODAS, João Grandino. Acordos de Leniência em Direito Concorrencial. Práticas e Recomendações. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 862, ago./2007, p. 22 e ss.

³⁵ Cf. SILVA E SOUZA. Mecanismos de Proteção... In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 26, jul.-dez./2014, p. 115 e ss.

³⁶ Grande Seção, Processo C-360/2009 (Caso Pfeleider), j. em 14/06/2011, in ECLI:EU:C:2011:389; e 1ª Seção, Processo nº C-536/2011 (Caso Donau Chemie), j. em 06/06/2013, in ECLI:EU:C:2013:366.

³⁷ Cf. SAITO, Carolina. O Termo de Compromisso de Cessação de Prática e o Reconhecimento de Culpa. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 20, jun.-dez./2011, p. 13 e ss.

³⁸ Cf. VICENTINI, Pedro C. E. A Confissão de Culpa nos Termos de Compromisso de Cessação: Requisito Essencial ou Prescindível, Face ao Programa de Leniência? In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 17, jan.-jun./2010, p. 252 e ss. No entender desse autor, a confissão de culpa pode integrar o termo de cessação de conduta, mas não é indispensável à sua celebração, mesmo nos processos em que o acordo de leniência tenha sido celebrado.

cessação de conduta, celebrado após o início das investigações, não pode ser mais benéfico para o investigado que o acordo de leniência, no qual confessa a culpa e apresenta provas a respeito da conduta de outros participantes. A Administração deixa de dar seguimento ao processo administrativo direcionado à aplicação da sanção enquanto o acordo estiver sendo cumprido³⁹. A Lei nº 10.149/2000 alterou a Lei nº 8.884/1994 e vedou a celebração desse ajuste em se tratando de cartel, restrição eliminada pela Lei nº 11.482/2007, que previu a necessidade de ser recolhida, quando cabível, “*contribuição pecuniária*” para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, sem contar a cominação de multa para a hipótese de inadimplemento. O termo poderia ser celebrado até o início da sessão de julgamento do processo administrativo e constituiria título executivo extrajudicial, a exemplo, aliás, do termo de ajustamento de conduta passível de ser celebrado, por alguns legitimados, no âmbito do processo coletivo.

Com o advento da Lei nº 12.529/2011, o termo de compromisso de cessação passou a ser disciplinado em seu art. 85, devidamente integrado pelos arts. 184 e seguintes do Regimento Interno do CADE. Além de ser celebrado exclusivamente por esta autarquia, não produz efeitos na seara penal, o que somente é alcançado com a celebração do acordo de leniência⁴⁰. Não é necessário, ademais, o fornecimento de quaisquer informações a respeito da prática de ilícitos por terceiros⁴¹, tendo abrangência sensivelmente inferior ao acordo de leniência⁴².

Instrumento similar também foi previsto na Lei nº 6.385/1976, a partir das modificações introduzidas pela Lei nº 9.457/1997 e, posteriormente, pela Lei nº 10.303/2011. De acordo com o art. 11 do referido diploma legal, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) poderia celebrar, com os infratores das normas afetas ao mercado de valores mobiliários, termo de compromisso, condicionado à cessação da prática, correção das irregularidades e indenização dos prejuízos⁴³. O cumprimento desse termo, que constitui título executivo extrajudicial, afasta a aplicação das sanções previstas. Esse sistema sofreu novas modificações com a Medida Provisória nº 784/2017, com vigência encerrada ao fim do prazo constitucional e que autorizou, em seu art. 35, a celebração do acordo de leniência pela CVM. A Lei nº 13.506/2017 encampou a mesma ideia e autorizou a celebração do “*acordo administrativo em processo de supervisão*” pela CVM (arts. 33 e 34). Suas premissas estão baseadas na colaboração

³⁹ Cf. GRAU, Eros Roberto. *Compromisso de cessação e compromisso de desempenho na lei antitruste brasileira: parecer publicado em junho de 2001*. In: GRAU, Eros Roberto e FORGIONI, Paula Ana. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 229 (232-233).

⁴⁰ Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni; e FARINA, Fernanda Mercier Querido. Alterações Penais da Nova Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 927, jan./2013, p. 159.

⁴¹ Cf. CORDOVA, Danilo Ferraz; LOPES e Mariana Rebuszi Sarcinelli. Política de Combate aos Cartéis: os Acordos de Leniência, O Tempo de Compromisso de Cessão e a Lei n 11.482/2007. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 15, jan./2007, p. 45.

⁴² Cf. SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O Acordo de Leniência: Avanço ou Precipitação? In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 8, jan./2001, p. 137 e ss.

⁴³ Sobre as semelhanças do instrumento de consensualidade previsto na Lei nº 9.457/1997 e o *consent decree* do direito norte-americano, vide: DE MORAES, Luiza Rangel. Considerações sobre o *consent decree* e sua aplicação no âmbito da disciplina do mercado de valores mobiliários. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 4, jan.-abr./1999, p. 99 e ss.

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

do infrator para a identificação dos demais envolvidos e a colheita de provas que comprovem os fatos, sendo necessária a confissão da prática do ilícito. O efeito será a extinção da ação punitiva ou a redução da pena. O acordo foi regulamentado pela instrução CVM nº 607/2019 e detalhado pela Portaria CVM/PTE/nº 109/2019, em vigor a partir de 1º de setembro de 2019. O mesmo acordo foi instituído pela Lei nº 13.506/2017 no âmbito do Banco Central.

No âmbito do direito regulador, observa-se, inicialmente, uma ampla liberdade valorativa das agências reguladoras no estabelecimento de padrões de conduta e no exercício do poder de polícia, inclusive com a aplicação de sanções que se mostrem compatíveis com o potencial lesivo do ilícito praticado. Essas agências, que já ultrapassam a dezena, não têm recebido uma uniformidade de tratamento no plano legislativo, o que se projeta sobre os instrumentos de consensualidade postos à sua disposição. A peculiaridade é que as lacunas legislativas não têm impedido que muitas delas editem atos normativos infralegais reconhecendo a possibilidade de celebrarem ajustes, os quais, pelo menor caráter impositivo e maior potencial de satisfação, têm recebido de parte da doutrina a denominação de *soft regulation* (regulação fraca). É o que foi feito, por exemplo, pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que editou a Resolução Normativa nº 63/2004, cujo art. 21 previu a possibilidade de celebração de termo de compromisso de ajuste de conduta *“alternativamente à imposição de penalidade,”* tendo por objetivo mor a adequação da conduta à juridicidade. O mesmo foi feito pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), por meio da Resolução nº 3259/2014 (arts. 83 a 87); e pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), por meio da Resolução nº 629/2013 (art. 1º e ss.). Deve-se observar que as agências reguladoras são responsáveis pela definição de parte dos ilícitos passíveis de serem praticados pelas respectivas operadoras, não se ajustando à lógica binária da previsão legal do ilícito e da sanção, que tem caracterizado o direito sancionador administrativo⁴⁴.

A única agência reguladora que conta com norma legal expressa a respeito da consensualidade no plano do direito sancionador é a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANSS). A Lei nº 9.656/1998, em seus arts. 29 e 29-A, dispõe sobre o *“termo de compromisso de ajuste de conduta”*, que pode se assemelhar ao termo de cessação de conduta anteriormente visto ou ao homônimo, largamente utilizado na tutela coletiva, que ainda será objeto de análise. No primeiro caso, disciplinado no art. 29, exige-se a cessação da conduta e a correção das irregularidades, inclusive com a indenização dos prejuízos. Deve prever multa para a hipótese de inobservância e tem a natureza jurídica de título executivo extrajudicial. Uma vez cumprido, acarreta a extinção do processo administrativo, não sendo aplicada qualquer penalidade ao operador ou prestador

⁴⁴ De acordo com o art. 173 da Lei nº 9.472/1994, *“a infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis”,* incluídos sob esta última epígrafe os padrões normativos editados pela própria ANATEL, *“sujeitará os infratores às seguintes sanções”:* advertência, multa, suspensão temporária, caducidade e declaração de inidoneidade. Ao aplicar as sanções, a ANATEL, conforme o art. 176, deve considerar *“a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica”.*

do serviço. No segundo caso, previsto no art. 29-A, é celebrado com o objetivo de assegurar a qualidade dos serviços de assistência à saúde, não podendo acarretar restrição de direitos do usuário. Como se percebe, no art. 29 da Lei nº 9.656/1998, o termo é celebrado no âmbito do direito sancionador administrativo; já no âmbito do art. 29-A, almeja-se, apenas, que uma conduta seja ajustada à juridicidade. Não há dúvidas, aliás, de que este último, em razão dos amplos termos da legislação afeta à proteção dos interesses difusos e coletivos, especialmente em razão do disposto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, pode ser utilizado por qualquer agência reguladora.

Apesar da ausência de previsão legal da consensualidade no direito sancionador manejado pelas agências reguladoras que não a ANSS, é factível que a aplicação antecipada de sanções, a partir de aquiescência expressa do ente que integra o setor regulado, ou mesmo o mero ajuste da conduta, de modo a melhor atender às exigências do mercado e ao interesse social, não configuram qualquer ruptura sistêmica. Afinal, a deliberação, nesse caso, será realizada pelo próprio órgão responsável pelo monitoramento do setor e pela resolução do processo administrativo.

Por fim, a Lei nº 13.506/2017, antecedida pela Medida Provisória nº 784/2017, que teve sua eficácia cessada pelo decurso do tempo, dispôs sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil, tendo previsto a possibilidade de ser firmado termo de compromisso com a instituição financeira (arts. 11 a 15) ou acordo administrativo em processo de supervisão com pessoas físicas ou jurídicas (arts. 30 a 32), em razão da prática de infrações contra o sistema financeiro.

No termo de compromisso, a instituição financeira assume o compromisso de cessar a prática, corrigir as irregularidades e cumprir as demais condições acordadas, com obrigatório recolhimento de contribuição pecuniária. O termo constitui título executivo extrajudicial e não importa em confissão do ilícito, devendo ser publicado no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil. Durante a vigência do termo, ficam suspensos os prazos de prescrição de que trata a Lei nº 9.873/1999, que estabelece os prazos para a ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta. O cumprimento do termo somente produzirá efeitos na esfera de atuação do Banco Central, que deve comunicar ao Ministério Público os ilícitos que detectar, sem prejuízo do dever de atender às requisições que lhe sejam encaminhadas.

No acordo administrativo em processo de supervisão, passível de ser celebrado com pessoas físicas ou jurídicas, deve haver confissão do ilícito e efetiva colaboração para a apuração dos fatos, incluindo a identificação dos demais envolvidos, daí resultando a extinção da punibilidade ou a redução das sanções aplicáveis na esfera de atuação do Banco Central. Não há, portanto, reflexos nas demais instâncias de responsabilização. A celebração do acordo, que deve ser publicado no sítio do Banco Central, suspende o prazo prescricional no âmbito administrativo em relação ao agente que o celebrou e, uma vez cumpridos os seus termos, impede a celebração de novo acordo por três anos. Também aqui o Banco Central deve realizar as comunicações devidas ao Ministério Público e atender às requisições que receber.

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

A sistemática adotada no direito sancionador administrativo não deixa margem a dúvidas de que, na realidade brasileira, o órgão competente para aplicar sanções dessa natureza deve necessariamente anuir com o acordo, dando-lhe feições finais, quer para afastá-las, quer para definir os seus aspetos qualitativo e quantitativo.

4. Origem do acordo de não persecução cível

O acordo de não persecução cível, como já dissemos em mais de uma ocasião, foi inserido na ordem jurídica brasileira pela Lei nº 13.964/2019, que veiculou o Pacote Anticrime.

Sua origem é o PL nº 882/2019, apresentado pelo Poder Executivo em 19 de fevereiro de 2019. Em seu art. 6º, alterava o § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 para dispor que *“a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta, com aplicação, no que couber, das regras previstas na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013”*. É fácil perceber, pelos termos do preceito, a ausência de qualquer rigor científico no trato dos institutos mencionados. Eram aleatoriamente previstos instrumentos com funcionalidades bem distintas, como o termo de ajustamento de conduta, utilizado na tutela coletiva em geral, e diversos outros próprios do direito sancionador, com a peculiaridade de que estes últimos eram afetos não só à área cível como também ao direito penal e ao direito sancionador administrativo. Para fechar com chave de ouro, era determinado que fossem observadas normas substancialmente distintas entre si: a Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) confere legitimidade ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia para a celebração dos acordos de colaboração, exigindo homologação judicial; já a Lei nº 12.846/2013 (Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas) somente prevê (de modo expresso) a legitimidade da pessoa jurídica lesada, sendo que o acordo não carece de homologação judicial. Com todo respeito aos artífices da fórmula, ela mais confunde que explica.

Sensível à impossibilidade de utilizar, com um mínimo de rigor técnico, a redação sugerida no art. 6º do PL nº 882/2019, o Congresso Nacional terminou por se aproveitar do texto elaborado pela Comissão de Juristas instituída pelo Presidente da Câmara dos Deputados, para fins de apresentação de anteprojeto de alteração da Lei nº 8.429/1992⁴⁵.

Na condição de membro dessa comissão, apresentei a proposta de criação do denominado “acordo de não persecução cível”. A designação que atribuí ao instituto encontrou inspiração no acordo de não persecução penal, inserido na ordem jurídica brasileira, pouco menos de um ano antes, pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

⁴⁵ Ato de 22/02/2021, Diário da Câmara dos Deputados, Suplemento, 23/02/2021, p. 9. Integraram a Comissão o Min. Mauro Campbell (presidente), Cassio Scarpinella Bueno, Emerson Garcia, Fabiano da Rosa Tesolin, Fábio Bastos Stica, Marçal Justen Filho, Mauro Roberto Gomes de Mattos, Ney Bello (relator), Rodrigo Mudrovitsch e Sérgio Cruz Arenhart.

Não o denominei de “acordo de não persecução administrativa” justamente por estarmos no âmbito do direito sancionador cível, não na esfera do direito sancionador administrativo. Na ocasião, a proposta inicialmente apresentada à Comissão somente previa o seu uso como instrumento da consensualidade de colaboração, o que logo evoluiu para abranger, igualmente, a consensualidade de pura reprimenda. Outra preocupação que tive, plenamente recepcionada pela Comissão, foi a de assegurar a unidade do Ministério Público, exigindo-se a aprovação do acordo pelo órgão com atribuição para arquivar o inquérito civil, com posterior homologação judicial. Esta última exigência decorria não só da natureza das sanções cominadas ao ato de improbidade, com destaque para a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, às quais somente se tornam operativas com o trânsito em julgado da sentença condenatória, como, principalmente, pelo fato de o sistema brasileiro adotar o padrão de o órgão competente para aplicar as sanções ser igualmente competente para homologar o acordo que lhes diga respeito. A legitimidade privativa do Ministério Público para a celebração do acordo decorria de deliberação anterior da Comissão, que atribuíra à Instituição, em seu anteprojeto, legitimidade privativa para o ajuizamento da respectiva ação civil.

O trabalho da Comissão de Juristas, que contou com ampla divulgação, foi entregue ao Presidente da Câmara dos Deputados na primeira quinzena de julho de 2018, dando origem ao PL nº 10.887, apresentado pelo Deputado Roberto de Lucena (Poder-SP) em 17 de outubro de 2018. É importante lembrar que o Provimento nº 58, de 14 de setembro de 2018, do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, parece ter sido o primeiro a se utilizar do designativo “acordo de não persecução cível” forjado no âmbito da Comissão, embora o tenha feito de forma mesclada com o compromisso de ajustamento de conduta. Eis o teor do *caput* do seu art. 5º: “o Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, mediante tomada de Compromisso de Ajustamento de Conduta ou por intermédio de Termo de Composição Extrajudicial”. Apesar disso, previa expressamente a sua homologação judicial (arts. 8º a 10).

O texto aprovado pela Comissão de Juristas, mais especificamente a nova redação a ser atribuída ao art. 17-A da Lei nº 8.429/1992, foi utilizado pelo Congresso Nacional e inserido no Pacote Anticrime. A aprovação se deu no âmbito do substitutivo ao PL nº 10.372/2018, de autoria dos Deputados José Rocha (PR-BA) e outros, adotado pelo relator da Comissão Especial instaurada para apreciar a matéria. Ao receber o PL nº 6.341/2019, numeração que lhe foi atribuída no âmbito do Senado Federal, o Presidente da República vetou, entre outros preceitos, o art. 17-A, sob o argumento de ser incongruente a atribuição de legitimidade privativa ao Ministério Público para a celebração do acordo, embora a Fazenda Pública tivesse legitimidade disjuntiva e concorrente para o ajuizamento da ação civil.

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

QUADRO COMPARATIVO

Proposta apresentada à Comissão	Texto aprovado pela Comissão	Texto aprovado pelo Congresso Nacional e vetado pelo Presidente da República
<p>Art. O Ministério Público poderá celebrar acordo de não persecução cível com aquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo cível, desde que dessa colaboração, conforme as circunstâncias do caso concreto, advenham os seguintes resultados:</p> <p>I – o integral ressarcimento do dano; II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;</p> <p>§1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.</p>	<p>Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:</p> <p>I – o integral ressarcimento do dano; II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III – o pagamento de multa.</p> <p>§1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.</p>	<p>Art. 17-A O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:</p> <p>I – o integral ressarcimento do dano; II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III – o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente.</p> <p>§1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.</p>

Proposta apresentada à Comissão	Texto aprovado pela Comissão	Texto aprovado pelo Congresso Nacional e vetado pelo Presidente da República
<p>§2º O acordo deve estipular o pagamento de multa, vedada a sua fixação em patamar inferior a 20% do máximo cominado para o ato praticado e, eventualmente, as demais sanções com delimitação temporal, que não devem ser fixadas em patamar inferior a 50% do máximo cominado.</p>	<p>§2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.</p>	<p>§2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.</p>
<p>§3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.</p>	<p>§3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.</p>	<p>§3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.</p>
<p>§4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.</p>	<p>§4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.</p>	<p>§4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.</p>
<p>§5º Cumprido o disposto no parágrafo anterior, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação, que poderá negar-se a fazê-lo em sendo detectado vício de forma.</p>	<p>§5º Cumprido o disposto no parágrafo anterior, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.</p>	<p>§5º Cumprido o disposto no § 4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.</p>

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

Com o veto ao art. 17-A, remanesceram apenas as alterações promovidas nos §§ 1º e 10-A do art. 17 da Lei nº 8.429/1992: de acordo com o primeiro dispositivo, “as ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei”; o segundo, por sua vez, dispõe que, “havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias”. Essa é a base normativa de que dispõe o intérprete para aplicar o acordo de não persecução cível.

5. O Acordo de não persecução cível e a necessidade de homologação judicial

Não é necessária muita argúcia para se perceber que os §§ 1º e 10-A do art. 17-A da Lei nº 8.429/1992 não veiculam comando expresso determinando a homologação judicial do acordo de não persecução cível. A questão a ser respondida é se essa homologação é necessária ou facultativa? Com todas as vênias em relação àqueles que pensam em contrário, inclino-me pela necessidade⁴⁶. Os argumentos que servem de alicerce a essa conclusão têm natureza linguística, sistêmica e pragmática.

Em qualquer interpretação de ordem jurídica, a análise há de principiar pelos contornos linguísticos dos significantes interpretados, de modo a lhes atribuir significados compatíveis com os usos da língua, considerando a influência da época e do local, a forma como foram organizados no enunciado linguístico, e os objetivos almejados. Não se ignora, é certo, que institutos jurídicos não devem ser interpretados, única e exclusivamente, à luz do enunciado linguístico que os veicula, mas, em ambientes democráticos, é imprescindível fazer reverência a esses enunciados.

Com os olhos voltados à referida premissa, observa-se que tanto o § 1º como o § 10-A do art. 17, ao tratarem do acordo de não persecução cível, fazem menção expressa a uma demanda posta em juízo. O § 1º dispõe que “as ações de que trata este artigo” admitem a celebração do acordo; o § 10-A, por sua vez, trata da possibilidade de as partes requererem a interrupção do prazo de resposta para buscarem o consenso. Os comandos normativos não foram direcionados aos aspectos gerais do ilícito, como fez o art. 28-A do Código de Processo Penal, que trata do acordo de não persecução

⁴⁶ No sentido de que tanto a homologação interna, como a judicial, dos acordos celebrados pelo Ministério Público no plano extrajudicial, dependem de regulamentação, vide PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 66. Renato de Lima Castro, embora entenda ser necessária a homologação judicial a partir do diálogo entre as fontes, isto em razão do disposto no art. 28-A, que à exige no acordo de não persecução penal, defende que regulamentos internos, do Conselho Nacional do Ministério Público ou dos Ministérios Públicos, podem dispor que, caso o juiz se negue a homologar o acordo de não persecução cível e o membro do Ministério Público insista nos seus termos, os autos devem ser encaminhados ao Conselho Superior, que pode insistir em seus termos (Acordo de Não Persecução Cível na Lei de Improbidade Administrativa. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 77, p. 227, jul.-set./2020). Não obstante o brilho do autor, a tese proposta esbarra em dois obstáculos: (a) atos de normatização interna afetos ao Ministério Público não são vinculantes para outras instituições, máxime para o Poder Judiciário; e (b) a negativa de homologação do acordo, como reconhecido pelo autor (p. 226), pode decorrer da inobservância da proporcionalidade, o que denota o zelo pelos direitos fundamentais por parte do Judiciário e não pode ser suplantado por uma deliberação interna do Ministério Público.

penal, também inserido pela Lei nº 13.964/2019, mas, sim, à ação referida no art. 17. E o que dispõe o *caput* deste preceito? Responde-se: *“a ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar”*.

Apesar da constatação anterior, observa-se que o próprio § 10-A dispõe sobre tratativas extrajudiciais, o que justifica o requerimento de interrupção do prazo de resposta. Ora, se isto pode ocorrer quando a demanda já foi posta, não há razão para que não possa ser feito em momento anterior. O acordo, portanto, pode vir a ser celebrado antes de ajuizada a própria demanda. Embora seja plenamente razoável afastar a lógica de aflorar a litigiosidade para somente em um segundo momento invocar a consensualidade, o mesmo não pode ser dito em relação à conclusão de afastar a utilização da relação processual como *locus* para sacramentar a definitividade do acordo e a própria participação do Poder Judiciário. Assim ocorre porque se trata de exigência do próprio § 1º, ao dispor que o acordo é admitido nas *“ações de que trata este artigo”*.

Uma segunda ordem de argumentos, de indiscutível relevância na análise a ser realizada, são os de natureza sistêmica. A necessidade de compatibilizar as distintas partes que formam o todo é uma exigência da própria racionalidade, permitindo que o resultado útil seja potencializado ou mesmo viabilizado.

A exigência de que o acordo de não persecução cível seja submetido à homologação judicial, no âmbito da relação processual, decorre da própria estrutura do art. 17. Além de ter reconhecido a legitimidade disjuntiva e concorrente do Ministério Público e da pessoa jurídica lesada para o ajuizamento da ação civil por ato de improbidade, exigiu que ambos possam participar da dialética processual. Nos termos do § 3º, quando a ação principal tiver sido proposta pelo Ministério Público, deve ser aplicado, no que couber, o disposto no art. 6º, § 3º, da Lei da Ação Popular, o que permite à pessoa jurídica lesada abster-se de contestar o pedido ou atuar ao lado do autor. Caso o Ministério Público não seja o autor, deverá obrigatoriamente atuar como órgão interveniente, sob pena de nulidade, nos termos do § 4º. A não exigência de homologação judicial fará com que a pessoa jurídica lesada ou o Ministério Público, conforme o caso, deixem de conhecer e de se pronunciar sobre o acordo.

Ainda sob a ótica da Lei nº 8.429/1992, observa-se que o art. 12 comina seis espécies de sanções aos atos de improbidade administrativa: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e 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. Duas delas, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, somente *“se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”*. É o que dispõe o *caput* do art. 20. Ainda que essas sanções não precisem ser aplicadas em conjunto, é evidente que todas, por integrarem o preceito secundário da norma sancionadora, devem ser consideradas e eventualmente aplicadas pela mesma autoridade. Essa

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

constatação somente seria afastada se a própria ordem jurídica consagrasse uma divisão de competências, na qual cada autoridade aplicaria uma parte das sanções. Isto, no entanto, não ocorre no âmbito da improbidade administrativa. Afinal, nos termos do parágrafo único do art. 12, *“na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”*.

A conclusão anterior certamente enfraquece a tese de que algumas das sanções cominadas apresentam feições patrimoniais, podendo ser livremente pactuadas. Trata-se, em qualquer caso, de meia verdade. Ora, não há dúvidas quanto à liberdade valorativa do agente em relação à sua esfera jurídica. O que parece passar despercebido é que o acordo não levita no vazio existencial. Muito pelo contrário: somente pode ser celebrado se existirem indícios do ato ilícito denominado de improbidade administrativa. O acordo de não persecução cível está conectado ao ilícito e este à legislação que comina as respectivas sanções e indica o juiz como a autoridade competente para aplicá-las.

Também parece relevante lembrar que o inciso V do art. 15 e o § 4º do art. 37 da Constituição de 1988, ao dispor que a sanção de suspensão dos direitos deve ser cominada aos atos de improbidade, automaticamente atraíram a competência da União para legislar sobre a matéria, já que somente esse ente, nos termos do art. 22, XIII, pode legislar sobre cidadania. Também aqui não seria possível afirmar que todos os demais entes federativos poderiam legislar sobre improbidade administrativa, desde que não cominassem a sanção de suspensão dos direitos políticos. A norma sancionadora, como se percebe, forma um todo monolítico, sendo integrada pelos preceitos primário e secundário.

Na medida em que (a) o acordo de não persecução cível deve ser aplicado *“nos termos desta Lei”* (rectius: a Lei nº 8.429/1992 - art. 17, § 1º), (b) somente o juiz pode aplicar as sanções ali previstas (art. 12, parágrafo único) e (c) as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos apenas se tornam efetivas com o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 20, *caput*), questiona-se: como seria possível afastar a necessidade de homologação judicial do acordo? Não nos parece que essa verdadeira impossibilidade sistêmica possa ser contornada com o já mencionado subterfúgio de o agente público assumir o compromisso de renunciar à função pública ou de não concorrer a um cargo eletivo no período indicado. O Estado de Direito é infenso a malabarismos semânticos cujo fim último seja apenas o de burlar o sentido e o alcance de normas postas por ele próprio. A ética relacional deve estar sempre presente em sua atuação. Se *“a ética ou a ciência da moral corresponde à busca de uma maneira de ser, à sabedoria na ação”*⁴⁷, é evidente que esse tipo de subterfúgio caminha em norte contrário à sabedoria, já que nivela o Estado aos malfeitores, que também buscam alcançar os resultados que melhor lhes apeteçam, com abstração dos meios a serem empregados.

⁴⁷ VIGOUROUX, Christien. *Déontologie des Fonctions Publiques*. Paris: Dalloz, 2008, p. 10-11.

Avançando nos argumentos de ordem sistêmica, tem-se a constatação de que, como exaustivamente demonstrado, o direito sancionador brasileiro apresenta o traço estrutural de exigir que os acordos relativos a sanções sejam homologados pela autoridade competente para aplicá-los. As exceções devem ser expressas, como ocorreu com a Lei nº 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), segundo a qual o acordo de leniência celebrado no âmbito do CADE (direito sancionador administrativo) acarreta a extinção da punibilidade dos crimes que indica (direito sancionador penal), o mesmo ocorrendo com a Lei nº 12.846/2013 (Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas), ao permitir que acordo homônimo, celebrado no plano administrativo (direito sancionador administrativo) afaste sanção a ser aplicada no plano judicial (direito sancionador cível).

A exigência de homologação do acordo de não persecução cível fica ainda mais nítida ao lembrarmos que a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que o previu em seu art. 6º, também inseriu na legislação brasileira, por força do seu art. 2º, o acordo de não persecução penal. E este último deve ser homologado judicialmente (CPP, art. 28-A, §§ 4º a 8º). Não se ignora, é certo, que o paralelismo aqui referido está longe de ser um paradigma de perfeição, já que o acordo na seara penal não espelhará, necessariamente, o acordo no âmbito cível. Apesar disso, não se pode afastar a coerência da lei nessa perspectiva de análise. O veto ao art. 17-A em nada afeta essa conclusão. Afinal, ambos os institutos integram o direito sancionador, foram inseridos na legislação brasileira pelo mesmo diploma normativo e alcançam ilícitos cujas sanções somente podem ser aplicadas pelo Poder Judiciário.

A terceira ordem de argumentos está situada no plano pragmático. O fato de o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada terem legitimidade disjuntiva e concorrente para o ajuizamento da ação civil por ato de improbidade, por si só, já é indicativo de que admitir a celebração de acordos extrajudiciais, sem a posterior homologação judicial, pode dar azo a divergências de entendimento e a uma elevada insegurança jurídica. Basta pensarmos na existência de conclusões diversas a respeito das sanções que se compatibilizam com o referencial de proporcionalidade ou mesmo em relação à própria existência ou tipificação do ilícito praticado.

Divergências dessa natureza, quando contextualizadas no âmbito do compromisso de ajustamento de conduta, exigiriam a deflagração de uma demanda para a anulação do ajuste, possibilitando, ato contínuo, a imposição de medida diversa por determinação judicial. Caso o mesmo *iter* seja seguido aqui, ter-se-á o risco de perecimento do direito de sancionar, já que a prescrição pode se aperfeiçoar antes que a anulação seja obtida. Não é preciso lembrar que o cúmulo de demandas, a de anulação do acordo e a de condenação nas sanções, na mesma relação processual, dará azo a muitas discussões, já que uma demanda é pressuposto da outra, o que dificulta sobremaneira a tramitação simultânea. Concluindo-se que a tramitação simultânea não é possível, entendimento que se mostra bem razoável, a prescrição tende a ser inevitável.

O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos

A tutela coletiva tem contado com um elevado protagonismo do Ministério Público brasileiro, que ajuíza a maior parte das ações civis públicas e celebra, por via reflexa, a grande maioria dos termos de ajustamento de conduta. Portanto, muitos argumentarão com o *deficit* de atuação das pessoas jurídicas interessadas para justificar que o acordo seja celebrado apenas no plano extrajudicial. Afinal, como a iniciativa invariavelmente será do Ministério Público, a divergência de juízos de valor tende a não ocorrer. Também aqui estamos perante meia verdade.

Não se pode ignorar que a exigência, ou não, de homologação judicial do acordo de não persecução cível, deve ser aplicada tanto ao Ministério Público como à pessoa jurídica lesada. As soluções, por imperativo de ordem lógica, não podem ser parciais. Sensível a essa premissa, é possível afirmar que a base de valores sedimentada em nosso ambiente sociopolítico permite antever um risco, não teórico, mas real, de que o acordo de não persecução cível possa vir a ser utilizado com o objetivo de inviabilizar a aplicação de sanções mais gravosas, a exemplo da suspensão dos direitos políticos e da perda da função pública. O risco tende a se tornar real quando ingredientes políticos avançarem na seara jurídica. Uma vez celebrado acordo dessa natureza, com expressa afronta ao referencial de proporcionalidade, na dimensão da proibição à insuficiência, a solução será anulá-lo, daí decorrendo o risco de que a prescrição venha a ocorrer.

Basta pensarmos na possibilidade de o Ministério Público ajuizar uma ação civil por ato de improbidade e o agente público, quando de sua notificação para manifestação preliminar apresentar um acordo de não persecução cível assinado anos antes com a pessoa jurídica lesada. Essa ação pode ser recebida pelo juiz (Lei nº 8.429/1992, art. 17, §§ 7º a 9º)? A evidência que não. Assim ocorre porque a relação jurídica afeta ao direito sancionador já fora resolvida com a celebração do acordo. A solução, se for o caso, será buscar a anulação do acordo, o que pode não ser tarefa fácil, pois a anulação não fará sentido caso a proporcionalidade tenha sido tenuamente afrontada. Esse estado de coisas poderia ser facilmente evitado no âmbito da dialética processual, de modo que os legitimados ao ajuizamento da ação pudessem se manifestar a respeito dos termos do acordo.

No momento em que o acordo de não persecução cível passar a ser visto como um instrumento para se impedir, ou mesmo dificultar, a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, será grande o risco de que a Lei nº 8.429/1992 deixe de alcançar os grandes saqueadores da *res publica*.

Epílogo

A introdução do acordo de não persecução cível na ordem jurídica brasileira é mais que alvissareira. Caminha no mesmo norte das tendências do direito sancionador contemporâneo, que busca comprimir a litigiosidade e ampliar o espaço de projeção da consensualidade; tende a diminuir os custos da relação processual, abreviando

a sua tramitação; colabora para a razoável duração do processo (CRFB/1988, art. 5º, LXXVIII) e soma forças para se conferir efetividade ao direito sancionador cível.

O grande desafio, em um momento no qual o instituto ainda se encontra em vias de construção de sua identidade, é o de que visões parciais da realidade não afrontem o sistema do direito sancionador brasileiro e comprometam a sua efetividade.

A exigência de que o acordo seja homologado judicialmente, além de render homenagem aos §§ 1º e 10-A da Lei nº 8.429/1992, configura um verdadeiro imperativo de segurança jurídica, evitando que acordos extrajudiciais celebrados por um legitimado, com total desconhecimento do outro, tenham a sua validade contestada em momento futuro, normalmente sob o argumento de afronta à proporcionalidade, além de colocar em risco a própria efetividade da norma sancionadora, neste caso com o implemento da prescrição.

Aspectos gerais e controvertidos do Acordo de Não Persecução Cível

General and contested aspects of the Civil Non-Persecution Agreement

Luiz Manoel Gomes Júnior*
Diogo de Araujo Lima**

Sumário

1. Introdução. 2. A atual redação do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992: abandono do dogma da impossibilidade de transação em casos de improbidade administrativa. 3. Aspectos gerais do acordo de não persecução cível. 4. Aspectos controvertidos do acordo de não persecução cível. 4.1. Limite temporal para celebração do acordo. 4.2. Necessidade de homologação do acordo de não persecução cível e de participação do colegitimado. 4.3. Acordo de não persecução cível em casos de solidariedade passiva. 4.4. A previsão de cláusulas pró-futuro nos acordos de não persecução cível. 4.5. Acordo de não persecução cível e independência de instâncias. 4.6. Os limites do controle judicial sobre o acordo de não persecução cível. 5. Conclusões. Bibliografia.

Área do Direito: Constitucional. Direito Administrativo.

Resumo

O modelo consensual de solução de conflitos tem ganhado espaço de destaque no Direito Sancionador, seja em sua vertente penal, seja administrativa. A recente alteração do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992, que passou a admitir o acordo de não persecução cível, alinha-se com uma tendência nacional e internacional de superação do dogma da impossibilidade jurídica de acordos em conflitos envolvendo a Administração Pública. A inovação veicula relevante progresso no combate à corrupção, na perspectiva de resultados mais céleres e eficientes em casos

* Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor nos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna-UIT/MG e de Mestrado da Universidade Paranaense – Unipar/PR e dos cursos de Pós-graduação da PUC-SP e da Escola Fundação Superior do Mato Grosso – FESMP MT. Advogado.

** Mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania na Universidade Paranaense – Unipar/PR. Especialista em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Promotor de Justiça do Estado do Paraná. Coordenador do Grupo Especializado na Proteção do Patrimônio Público e no Combate à Improbidade Administrativa (GEPATRIA) – Regional de Umuarama.

envolvendo improbidade administrativa, cuja resolução não mostrava satisfatória pelo método exclusivo da ação de improbidade. O presente estudo dedica-se a contribuir com a construção de balizas que permitam suprir a lacuna deixada pelo legislador quanto ao modo de operacionalização do acordo (elementos, condições, limites etc.), considerando que os dispositivos legais que disciplinava aspectos materiais e procedimentais do acordo foram vetados pelo Presidente da República. Para tanto, será utilizado o método dedutivo, a partir do exame de normas jurídicas, livros, artigos científicos e precedentes judiciais.

Abstract

The consensual model of conflict resolution has gained prominence in Sanctioning Law, both in its criminal and administrative aspects. The recent amendment of art. 17, § 1, of Law No. 8.429/1992, which began to admit the agreement of non-civil persecution, aligns with a national and international tendency to overcome the dogma of the legal impossibility of agreements in conflicts involving the Public Administration. Innovation makes significant progress in the fight against corruption, with a view to faster and more efficient outcomes in cases involving administrative improbability, the resolution of which was not satisfactory by the exclusive method of improbability action. The present study focuses on contributing to the construction of beacons to fill the gap left by the legislator in the way the agreement is operationalised (elements, conditions, limits, etc.), considering that the legal provisions governing material and procedural aspects of the agreement were vetoed by the President of the Republic. To this end, the deductive method will be used, from the examination of legal standards, books, scientific articles and judicial precedents.

Palavras-chave: Patrimônio público. Improbidade administrativa. Consensualidade.

Keywords: Public inheritance. Administrative improbity. Consensuality.

1. Introdução

A partir do dia 23.01.2020, entrou em vigor o “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/19), que, suprimindo a vedação do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/92, passou a admitir a consensualidade no âmbito da improbidade administrativa por meio do acordo de não persecução cível (ANPC).

A inovação segue tendência já presente em diversos diplomas normativos do Direito Penal (transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada etc.) e do Direito Administrativo (acordo de leniência,¹ possibilidade de

¹ A Lei nº 12.529, de 30.11.2011 estabeleceu a possibilidade de celebração de acordo de leniência em relação às infrações à ordem econômica, ao passo que a Lei nº 12.846, de 01.08.2013, permitiu os acordos de leniência em atos contra a Administração Pública.

conciliação² e mediação³ em causas do Estado, ausência de ajuizamento de execução fiscal de pequeno valor,⁴ possibilidade de compromisso – extrajudicial ou judicial – para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público,⁵ entre outras hipóteses).

Apesar do mérito que a inovação significou, o avanço poderia ter sido maior, não fosse o veto ao dispositivo que disciplinava os parâmetros procedimentais e materiais do acordo.

Se ao menos não inviabilizou a implementação dos acordos de não persecução cível, a medida gerou um verdadeiro “manancial de problemas práticos”,⁶ em razão da carência de regulamentação acerca do regime jurídico e do modo de operacionalização do acordo (elementos, condições, limites etc.).

O presente estudo propõe-se a participar da construção de soluções para a problemática, mediante um corte metodológico no sentido de abordar, em um primeiro momento, os contornos gerais do acordo de não persecução cível, para, em seguida, enfrentar alguns pontos controvertidos, cujo equacionamento aflige a prática forense dos operadores do direito. Nessa segunda parte, serão abordados o momento adequado para celebração do acordo, a necessidade ou não de homologação, os casos de solidariedade passiva, a possibilidade de previsão de cláusulas pró-futuro nessa espécie de acordos, a repercussão da absolvição criminal nos acordos de não persecução cível originados do mesmo fato e, finalmente, os limites do controle judicial sobre os termos do ajuste.

O método utilizado na elaboração do trabalho foi o indutivo com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento nas perspectivas legal e dogmática sobre o tema. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. A fonte primeira de pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e infraconstitucional, bem como a doutrina e jurisprudência que informam os conceitos de ordem dogmática.

2. A atual redação do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992: abandono do dogma da impossibilidade de transação em casos de improbidade administrativa

Pelo texto originário do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), vedava-se a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

² Art. 10, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 e art. 174 do Código de Processo Civil.

³ Art. 3º da Lei nº 13.140/15.

⁴ Art. 20 da Lei nº 10.522/02 e arts. 7º e 8º, ambos da Lei nº 12.514/11.

⁵ Art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro – Decreto-lei nº 4.657/42.

⁶ Cfr. GAJARDONI, Luiz Fernando “et al”. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 367.

A tradição jurídica brasileira sempre foi arraigada por intensa publicização do direito, em detrimento do empoderamento do indivíduo. As fontes do Direito limitavam-se àquelas produzidas pelo Estado. Em matéria processual, essa característica se apresentava de forma ainda mais intensa, considerando que processo era o espaço onde o Estado exprimia a sua autoridade⁷. A obrigatoriedade era a regra no Direito Sancionador, com raras exceções que deveriam estar expressamente previstas em lei⁸.

Nada obstante, mesmo naquela época, grande parte da doutrina, da jurisprudência e do próprio Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, por meio da Resolução nº 179/2017, já contemplava a hipótese de consensualidade no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, tanto na esfera extrajudicial como judicial.

A redação original do § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92 foi elaborada em 1991. À época, o presidente era Fernando Collor de Mello. A conjuntura jurídica, política e social de combate aos atos ímprobos era completamente diversa⁹. No campo jurídico, o direito civil e o penal representavam o centro do direito, a seara administrativa tinha no princípio da supremacia do interesse público seu principal alicerce e o Poder Judiciário mal engatinhava na análise do ato administrativo:

Ocorre que, nesses aproximadamente 28 anos de vigência da LIA, o ordenamento jurídico passou gradativamente a abandonar o dogma da impossibilidade jurídica de transação em demandas envolvendo a Administração Pública.

O emprego de instrumentos consensuais em matéria de direito sancionador prenunciava-se como consequência inarredável da evolução do Direito Administrativo e da Constituição Federal, cujo art. 1º adotou o Estado Democrático de Direito, contemplando, implicitamente, o princípio da consensualidade.

Ainda sob a vigência da redação anterior do artigo 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992, Gustavo Binbenojm já atentava para o fato de que o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituídos pela Constituição da Federal de 1988 e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabilizam "a priori" uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual¹⁰. Não há dúvidas de que o texto constitucional reconhece e tutela interesses privados e coletivos como metas ou diretrizes para a Administração Pública. Dessa forma, cabe ao legislador

⁷ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. *Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa*. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília: MPF, 2018. p. 33. Disponível em: <<http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

⁸ ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 2ª parte. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 914-916.

⁹ MUDROVITCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Leniência e improbidade: a proposta trazida pelo PL 10.887/2018. *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-19/leniencias-trezida-leniencia-improbidade-proposta-trazida-pl108872018#:~:text=Leni%C3%Aancia%20e%20improbidade%3A%20a%20propost%20trazida%20pelo%20PL%2010.887%2F2018,19%20de%20setembro&text=O%20artigo%2017%2%20C%2%A7%201%20C%2%BA,de%20que%20trata%20o%20caput%E2%80%9D.&text=Esse%20movimento%2%20influenciado%20pelas%20t%C3%A9cnicas,consensual%20inauguradas%20pela%20Lei%20n.>>. Acesso em: 18 out. 2020.

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Direito Processual Geral*. Rio de Janeiro, 2005, p 49-82.

e à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo e buscar a sua efetivação até um grau máximo de otimização, mediante o postulado da proporcionalidade.¹¹

O princípio da indisponibilidade do interesse público não constitui óbice à consensualidade administrativa, na medida em que o acordo representa mero instrumento para alcançar o interesse público no caso concreto, com benefícios de maior eficiência e legitimidade da ação administrativa. Ao adotar métodos consensuais, o administrador não dispõe do interesse público, mas o persegue por outro meio que não o ato administrativo unilateral e imperativo¹².

Os instrumentos consensuais apresentam menor custo e são mais aceitáveis, se comparados com a judicialização de ações de improbidade administrativa, cujo trâmite não raro perdura por anos.¹³ Há uma convergência, portanto, com o princípio da eficiência da Administração Pública, que foi introduzido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19/98.

A obsoleta visão da impossibilidade de consenso em conflitos envolvendo a Administração Pública começa a ser superada a partir do início da implementação de técnicas de justiça penal consensual inauguradas pela Lei nº 9.099/95, que passou a admitir, em determinadas infrações penais, a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo. E adquire vigor a partir da promulgação das Leis nºs 12.529/2011 e 12.846/2013, que tratam, respectivamente, do acordo de leniência em relação às infrações à ordem econômica e em atos contra a Administração Pública. Some-se a possibilidade de conciliação (art. 10, par. ún., da Lei nº 10.259/01 e art. 174 do CPC) e mediação (art. 3º da Lei nº 13.140/15) em causas do Estado, a ausência de ajuizamento de execução fiscal de pequeno valor (art. 20 da Lei nº 10.522/02 e arts. 7º e 8º, ambos da Lei nº 12.514/11) e a realização de acordos ou transações em juízo pela Advocacia-Geral da União e pelos dirigentes máximos das empresas federais (art. 2º da Lei nº 9.469/97).

¹¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto também defende a existência do princípio constitucional da consensualidade no Direito brasileiro, calcado: nos princípios fundamentais constitucionais expressos da cidadania, da dignidade da pessoa humana e o do valor da livre iniciativa (art. 1º da CR/88); no objetivo fundamental da República – de construção de uma sociedade livre (art. 3º, inciso II, da CR/88) e, ainda, no princípio relativo às relações internacionais, mas também aplicável às relações intranacionais – de solução pacífica dos conflitos (art. 4º, inciso VII, da CR/88) (Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 231, jan./mar. 2003, p. 129-156).

¹² LOPES, Paula Lino. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, vol. 274/2017, dezembro/2017, p. 383-407.

¹³ Em 2015, tentando realizar diagnóstico acerca dos processos de Improbidade Administrativa, mormente quanto à sua tramitação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou pesquisa, na qual colheu dados de 132 processos, dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo, Mato Grosso, Rio Grande do Norte, Pará, Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Superior Tribunal de Justiça, onde se expôs que, nesse último, a média de tramitação (entre a data do ajuizamento e do trânsito em julgado) é de 2.666,40 dias, ou seja, aproximadamente 7 (sete) anos. O resultado da média realizada entre todos os tribunais mencionados foi de 1.855,83 dias (aproximadamente 5 anos). (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. 1ª Edição Série Justiça Pesquisa. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assagra de Almeida; "et al". Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/1ef013e1f4a64696eeb89f0fbf3c1597.pdf>> Acesso em: 23 out. 2020.

Merece lembrança a Lei nº 13.655/18, que inseriu o art. 26 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/42) para admitir a celebração de termo de compromisso para “eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença” e a possibilidade do “emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato [de concessão], inclusive a arbitragem” (art. 23-A da Lei nº 8.897/1995).

Na mesma linha, a Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil), aplicável subsidiariamente ao procedimento especial da ação de improbidade administrativa por força do seu art. 318, parágrafo único, ao estabelecer que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” (art. 3º, § 3º)

Por último, destaca-se a recente e polêmica Lei nº 13.964/19, rotulado de “Pacote Anticrime”, que alterou os sistemas penal e processual penal para incluir, entre outras, a figura do juiz de garantia e o acordo de não-persecução penal para determinados crimes (art. 28-A do Código de Processo Penal).

Todo este arcabouço normativo integra o chamado microsistema anticorrupção, composto por normas infraconstitucionais cujos enunciados interagem entre si, por meio de um *diálogo entre as fontes*, de molde a permitir a construção de uma solução lógica e coerente. Conforme esclarece Cláudia Lima Marques, ao tratar do direito do consumidor:

Erik Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual “pluralismo pós-moderno” de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgem a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento (...). O uso da expressão “diálogo das fontes”, é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (*cohérence dérivée ou restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não coerência”.¹⁴

A teoria do diálogo das fontes, embora adaptada para o direito do consumidor, se aplica a qualquer ramo do direito, por estar inserida nas preocupações com a hermenêutica jurídica. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico exige a

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 90.

aplicação simultânea, coerente e coordenada de diversas fontes legislativas, integrando leis gerais (como o Código de Processo Civil) com leis especiais (como a Lei da Ação Civil Pública, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei das Eleições), para que se extraia a maior eficiência possível do sistema jurídico¹⁵.

Com isso, evita-se o “tudo ou nada” na aplicação das regras jurídicas contrapostas. Segundo Ronald Dworkin, as “regras são aplicáveis à maneira tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”¹⁶. A teoria do diálogo das fontes, ao invés de resolver as antinomias jurídicas, pelos critérios tradicionais da hierarquia, da especialidade e cronológico, opta pela interpretação sistemática e coordenada.

Diante do cenário normativo até então vigente, em que se admite a solução negociada para causas penais (“*ultima ratio*” do Direito Sancionador), seria, no mínimo, incoerente admitir a composição via colaboração premiada, Lei Anticorrupção (nº 12.846/2013) e, mais recentemente, o “*plea bargain*” (ainda que à brasileira) sem que a improbidade administrativa admitisse tal instrumento jurídico. Além de violar diretamente o microsistema do processo coletivo, geraria incoerência na unidade da Constituição e retiraria do cidadão e dos órgãos públicos relevante instrumento de eficiência na recomposição do patrimônio lesado, imposição de sanções e prevenção de novos atos de improbidade. Haveria aí uma verdadeira contradição axiológica, um defeito de lógica legislativa, no plano deontológico¹⁷.

Há que se realçar que o movimento pela consensualidade no Direito Sancionador não é uma exclusividade do ordenamento jurídico brasileiro. Em países de tradição jurídica do “*common law*”, como os Estados Unidos, onde impera o sistema adversarial, vige o chamado “*plain bargain*” (ou barganha da pena); na Itália, o “*pateggiamento sulla pena*”; na Espanha, o “*la conformidad*”; e na Alemanha, o “*absprachen*”¹⁸⁻¹⁹.

Nos Estados Unidos, por exemplo, desde a década de 1980, foram aprovados pelo menos cinco diplomas que passaram a incentivar a resolução de conflitos e atualmente cerca de 90% (noventa por cento) de todos os procedimentos criminais encontram resolução por meio do *plea bargain*²⁰. Na União Europeia, segundo Christiano Jorge Santos e Sílvio Antonio Marques:

¹⁵ CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. *Artigo inédito*, 2020.

¹⁶ *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

¹⁷ GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista Síntese: Direito Administrativo*, vol. 12, nº 141, set./2017, p. 542-595.

¹⁸ CAMBI, Eduardo; LIMA, Diogo de Araujo; NOVAK, Mariana Sartori. Acordo de Não Persecução Cível. *Artigo inédito*, 2020.

¹⁹ CABRAL, Antônio do Prado. *Convenções processuais*, 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

²⁰ SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Sílvio Antonio. Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. *Revista de processo*, vol. 303, maio/2020.

[a] Diretiva 2008/52/CE, de 21.05.2001, foi editada com o objetivo de facilitar a solução amigável de litígios, incentivando o recurso à mediação, enquanto a Diretiva 2013/11/UE, de 21.05.2013, foi aprovada para proporcionar a solução extrajudicial simples, rápida e pouco onerosa de litígios entre consumidores e comerciantes.²¹

No mesmo sentido, compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, que autorizam a autoridade administrativa a celebrar acordos com infratores, a exemplo da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – CNUCC –, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687/2006, conhecida por Convenção de Mérida,²² e da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida por Convenção de Palermo, promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

Do exposto, colhe-se que a recente alteração do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 nada mais é que a concretização de uma tendência já implantada tanto no plano nacional como internacional, no sentido de prestigiar o método autocompositivo na solução dos conflitos em detrimento do heterocompositivo, no qual decisão é entregue a terceira pessoa, em caráter imperativo²³.

No entanto, o mérito do legislador ao permitir a solução consensual aos casos de improbidade administrativa poderia ter sido ainda maior, não fosse o veto presidencial ao dispositivo que disciplinava os parâmetros procedimentais e materiais para celebração do acordo (art. 17-A da Lei nº 8.429/1992).

Há uma verdadeira lacuna no ordenamento jurídico quanto regime jurídico e ao modo de operacionalização do acordo de não persecução cível (elementos, condições, limites etc.), debate que precisa ser enfrentado no âmbito acadêmico e com o qual este breve ensaio pretende contribuir.

3. Aspectos gerais do acordo de não persecução cível

O ANPC pode ser compreendido como a possibilidade do legitimado à proposição da ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa

²¹ SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. *Revista de processo*, vol. 303, maio/2020.

²² Há outras duas convenções específicas sobre o tema, quais sejam: a) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais: elaborada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE) – ratificada pelo Decreto Legislativo nº 125/2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.678/2000; e b) Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) – ratificada pelo Decreto Legislativo nº 152/2002 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410/2002 (NEVES, Daniel Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2014, p. 24).

²³ DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça multiportas e os conflitos envolvendo a Administração Pública: arbitragem e os interesses públicos disponíveis. *Revista Jurídica Unicuitiba*, vol. 03, n. 60, p. 361-383, jul.-set. 2020.

realizar um negócio jurídico com o autor do fato ímprobo, na fase da investigação ou após judicialização da pretensão (antes ou após o recebimento da petição inicial), destinado a imposição de uma ou algumas sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Em contrapartida, o autor do fato ímprobo não se submete ao processo, evitando todos os ônus dele advindos, entre os quais honorários de advogado, medidas assecuratórias patrimoniais, procrastinação do processo em decorrência da morosidade da justiça²⁴,

Sob a ótica da teoria do fato jurídico, a natureza jurídica do ANPC é de negócio jurídico bilateral e comutativo, cujo aperfeiçoamento opera-se com a manifestação de vontade das partes e com a fixação de prestações certas e determinadas. Renato de Lima Castro²⁵ considera o ANPC como um negócio "*sui generis*", em decorrência da reduzida liberdade das partes intervenientes na convenção para negociar, já que as sanções devem ser proporcionais à maior ou menor gravidade do injusto ímprobo, não admitindo absoluta liberalidade na negociação²⁶.

O infrator, portanto, não estará irrestritamente apto a negociar todo o negócio jurídico, mas apenas parte dele. Não é diferente em relação ao proponente do acordo, que não está livre para estabelecer as condições que bem lhe aprouver. Tanto o Ministério Público como a pessoa jurídica interessada devem subserviência aos princípios e normas que regem as respectivas atuações na defesa da probidade administrativa e do patrimônio público, sem olvidar, no tocante às sanções, da proporcionalidade em relação à gravidade do fato ímprobo.

O acordo pode assumir feição de negócio jurídico *processual*, nas situações em que há fixação de situações jurídicas processuais, quando, por exemplo, o autor

²⁴ CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

²⁵ CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

²⁶ Por outro lado, em ensaio específico sobre o projeto do Pacote Anticrime, Aury Lopes Jr., citando Schünemann, crítica o suposto princípio de consenso, frequentemente invocado para legitimar o modelo negocial, taxando de "eufemismo", por trás do qual se ocultaria uma sujeição do acusado à medida de pena pretendida pelo acusador, enquanto resultado mínimo, de quem é colocado em posição de submissão através de forte pressão por parte da Justiça criminal sobre o acusado. É uma ficção, desde o ponto de vista prático, conclui. Não existe consenso ou voluntariedade, porque não existe igualdade de partes/armas. Existe uma submissão do réu a partir de uma visão de redução de danos (para evitar o "risco" do processo). Existe semelhança com um "contrato de adesão", onde não há liberdade plena e real igualdade para negociar, apenas de aceitar o que lhe é imposto (Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno? *Conjur*, 22 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projetoanticrimeremedio-ou-veneno>> Acesso em: 16 set. 2020). Por outro lado, em ensaio específico sobre o projeto do Pacote Anticrime, Aury Lopes Jr., citando Schünemann, crítica o suposto princípio de consenso, frequentemente invocado para legitimar o modelo negocial, taxando de "eufemismo", por trás do qual se ocultaria uma sujeição do acusado à medida de pena pretendida pelo acusador, enquanto resultado mínimo, de quem é colocado em posição de submissão através de forte pressão por parte da Justiça criminal sobre o acusado. É uma ficção, desde o ponto de vista prático, conclui. Não existe consenso ou voluntariedade, porque não existe igualdade de partes/armas. Existe uma submissão do réu a partir de uma visão de redução de danos (para evitar o "risco" do processo). Existe semelhança com um "contrato de adesão", onde não há liberdade plena e real igualdade para negociar, apenas de aceitar o que lhe é imposto (Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno? *Conjur*, 22 de fev. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>> Acesso em: 16 out. 2020).

do fato ímprobo, renunciando ao direito ao silêncio, assume o compromisso de confessar e identificar os demais envolvidos na infração, concorda com a redução de prazos legais ou renuncia desde logo aos prazos recursais, entre outras situações.

Acerca da legitimidade para celebração do acordo, parece não remanescer maiores dúvidas: os mesmos que a detêm para propositura da ação de improbidade administrativa, ou seja, Ministério Público e a pessoa jurídica interessada (art. 17 da Lei nº 8.429/1992).

A convenção pode se dar tanto no âmbito extrajudicial, quanto no judicial. Naquela hipótese, evita-se o ajuizamento da ação civil pública de improbidade administrativa. Nessa, o acordo determina a resolução do processo, com julgamento de mérito, nos moldes do art. 487, inc. III, alínea “b”, CPC/2015. De toda sorte, em ambas as situações, homologado judicialmente, o instrumento adquire eficácia de título executivo judicial (art. 515, inc. II, do CPC/2015).

Em razão da independência de instâncias, a celebração do acordo não afasta responsabilização administrativa e penal pelo mesmo fato (art. 1º, §3º, da Resolução nº 179/17 do CNMP), tampouco importa reconhecimento automático de responsabilidade para fins diversos dos expressamente estabelecidos no acordo.

Nada impede que exista um diálogo entre as esferas penal, administrativa e cível, de modo a autorizar que a convenção se estenda para além dos limites da improbidade administrativa.²⁷ Nessa hipótese, será necessária uma reunião entre todos colegitimados na “negociação”, no sentido de participar do acordo de não persecução cível e firmar conjuntamente o instrumento, vinculando-os aos termos da convenção.

Releva consignar que o interessado não goza de direito subjetivo à realização do acordo, assim como dele não dispõe o réu da ação penal no tocante ao benefício da suspensão condicional do processo, consoante orientação pacífica dos Tribunais Superiores.²⁸ A proposta deve contar com a anuência dos legitimados ativos e não pode

²⁷ A atuação coordenada entre órgãos de um mesmo Ministério Público já havia sido externada em caso da Operação “Lava Jato”, pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, no inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42. Na ocasião, restou consignado: “A atuação integrada – senão concentrada no mesmo órgão, como propugnado por esta Câmara de Coordenação e Revisão, ao demandar de todas as unidades a criação dos Núcleos de Combate à Corrupção – pode garantir que os acordos interessem e sejam aproveitados tanto em uma esfera quando noutra, evitando o risco de eventuais contradições e incompatibilidades, que possam representar risco à segurança jurídica.” (BRASÍLIA, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Voto 9212/2016, inquérito civil 1.30.001.001111/2014-42, rel. Procuradora Mônica Nicida García. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/IC1.30.001.001111.201442_Reduzido.pdf. Acesso em: 17 set. 2020).

²⁸ Nesse sentido: HC 417.876/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 27/11/2017; APn 000871/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2017, DJe 27/10/2017 AgRg no AREsp 1141600/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 20/10/2017; HC 388586/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 22/08/2017; AgRg no HC 404028/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 17/08/2017; AgRg no RHC 074464/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017.

ser objeto de imposição, seja pelos legitimados ativos, seja pelo investigado ou pelo Poder Judiciário, conforme já defendido por um dos autores em outra oportunidade²⁹.

Enfrentados os pontos em relação aos quais não remanescem maiores divergências, passa-se a abordar algumas questões controvertidas acerca do ANPC.

4. Aspectos controversos do acordo de não persecução cível

4.1. Limite temporal para celebração do acordo

Um primeiro pensamento a respeito da temática propõe que o termo final para celebração do ajuste seja o oferecimento da contestação, pois, segundo o art. 17, §10-A, da LIA, "Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias."³⁰

Para os adeptos dessa forma de pensar, a interpretação vai ao encontro das razões do veto³¹ ao §2º do art. 17 e atende o princípio da celeridade processual, uma vez que não seria razoável permitir a alguém, que aguardou todo trâmite processual ou mesmo o postergou voluntariamente, apostando em alguma eventualidade ("v.g.", prescrição), pudesse vir a ser contemplado, ao final da demanda, com o benefício legal. Não é essa a orientação de Armando Antonio Sobreiro Neto e Eduardo Cambi: "pouco sentido faria relativizar a aplicação das regras materiais de Direito Público mantendo a mesma rigidez e formalismo no direito processual clássico. A justiça negociada exige novos paradigmas para produzir resultados mais eficientes."³²

Em sentido oposto, há quem considere adequado o trânsito em julgado da sentença condenatória como limite temporal para celebração do acordo de não persecução cível. Argumenta-se que a lei não estabeleceu um termo final e que o §2º do artigo 17 da LIA, em verdade, trata apenas da possibilidade de suspensão do prazo da contestação, caso as partes sinalizem a possibilidade de acordo, e não retira essa faculdade se, posteriormente, pretendam elas retomar a solução negocial frustrada.³³

²⁹ Cfr. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio "et al". *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 371-372.

³⁰ Entendimento defendido por CASTRO, Renato de Lima. *Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. Artigo inédito*. 2020.

³¹ Confira-se a íntegra do veto: "A propositura legislativa, ao determinar que o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade, contraria o interesse público por ir de encontro à garantia da efetividade da transação e do alcance de melhores resultados, comprometendo a própria eficiência da norma jurídica que assegura a sua realização, uma vez que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro com possibilidade de transação." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-726.htm>. Acesso: 21 out. 2020.

³² CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. *Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. Artigo inédito*. 2020.

³³ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 995.

E há aqueles que, sem desconsiderar o limite da coisa julgada, admitem o acordo de não persecução cível após o trânsito em julgado.³⁴ Sustenta-se que, além de inexistir vedação legal, em algumas situações, a fixação de um termo final poderia contrariar a própria finalidade da Lei nº 8.429/1992, ao subtrair das partes uma das mais relevantes finalidades do processo: a pacificação da problemática social subjacente à causa. É a hipótese, “v.g.”, de cumprimento de sentença de improbidade administrativa em que o exequente não localiza bens em nome do devedor. Se em algum momento este se dispor a pagar a dívida mediante a celebração de acordo, não haverá razão, lógica e jurídica, para impedi-lo a fazê-lo.

Nas exatas palavras de um dos subscritores e de Rogerio Favreto:

O objetivo deve ser o melhor resultado para a defesa do interesse público e o acordo pode resultar em um desfecho melhor que o título executivo judicial. A análise deve ser feita caso a caso, nada havendo no sistema que vede a possibilidade, ainda que após o término do processo, como aliás em qualquer demanda judicial.³⁵

A posição parece coerente e razoável do ponto de vista pragmático e dogmático, pois, não se pode perder de mira, quando da celebração do acordo de não persecução cível, a defesa do interesse e do patrimônio público, que restaria prejudicada, em determinados casos, se mantida a inflexível fixação de limite temporal.

O relevante deve ser sempre a defesa de um resultado que melhor assegure a preservação do interesse público.

4.2. Necessidade de homologação do acordo de não persecução cível e de participação do colegitimado

Uma vez proposto o acordo de não persecução cível, interessa saber se caberia, ou não, ao Conselho Superior dos Ministérios Públicos Estaduais, às Câmaras de Revisão do Ministério Público da União e ao órgão superior da pessoa jurídica lesada homologar o instrumento e se a homologação judicial seria, ou não, obrigatória.

Na fase extrajudicial, parece não remanescer dúvidas quanto à necessidade de homologação tão somente pelo órgão superior do Ministério Público ou do órgão ou entidade da Administração Pública lesada.³⁶ Armando Antonio Sobreiro Neto e Eduardo Cambi citam interessante hipótese de acordo de não persecução cível em improbidade administrativa eleitoral que prescinde de homologação judicial,

³⁴ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. Possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. In: *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 367-8.

³⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. Possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. In: *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 368.

³⁶ Cfr. art. 5º, §§ 4º-6º, da Resolução 01/2017, do MPPR, e art. 10º da Resolução nº 1.193/2020, do MPSP.

consistente na obrigação para retirar propagandas de sites etc.³⁷ Nesse caso, não haveria nenhum conflito de interesse passível de exame judicial, tampouco prejuízo à liberdade de expressão.

Excepcionam-se as hipóteses de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e proibição de contratar com o Poder Público. Apesar de inexistir regra expressa nesse sentido e conquanto o acordo tenha força de título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85), é imprescindível o controle do próprio órgão superior ministerial ou da pessoa jurídica lesada, seguido da homologação judicial. Reclama-se o duplo controle porque se está diante de sanções das mais severas previstas na Lei nº 8.429/1992, cujos efeitos atingem direitos fundamentais de alta densidade (direitos políticos, liberdade de trabalhar, livre iniciativa etc.).

Nem se cogite que o art. 20, “*caput*”, da Lei nº 8.429/92 (“A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”) justificaria a retirada da sanção de perda da função pública do âmbito de negociação do acordo de não persecução cível, pois tal dispositivo visa limitar tão somente a concessão de tutelas jurisdicionais provisórias, e não propriamente impedir a justiça negociada.

Não faria sentido tornar inválida uma sanção aceita de forma livre e voluntária pelo autor do ato ímprobo, se semelhante lógica se aplica a outras composições do gênero, a exemplo dos acordos de não persecução penal (art. 28-A do CPP) e de colaboração processual (art. 4º da Lei nº 12.850/13).

Não se justifica do ponto de vista lógico a distinção entre um investigado, que confessa a prática delitiva e se sujeita, espontaneamente, às restrições penais, sem condenação judicial, daquele agente ímprobo, que reconhece a prática da improbidade administrativa e aceita celebrar acordo de não persecução cível.

Ainda que se possa argumentar que não se trata da imposição de sanções, mas de obrigações *equivalentes* às sanções³⁸, não se pode afirmar que um acordo de vontades fere a cláusula do devido processo legal (art. 5º, inc. LV, CF). Não há coação, mas livre negociação em torno dos termos do acordo, que poderá, ou não, ser acatado pelo compromissário e seu advogado. O controle posterior submete a um terceiro alheio ao negócio jurídico a análise acerca da legalidade, da adequação, suficiência e legalidade das cláusulas da convenção, reforçando a constitucionalidade do instituto.

Nunca é demais lembrar que nenhum direito fundamental é absoluto. Essa perspectiva, se aplicada ao acordo de não persecução cível, traduz a ideia de um ajuste em que se relativizam determinados direitos fundamentais à vista de outros que, à luz da solução do caso concreto, encerram maior densidade e, como tal, merecem preponderância³⁹.

³⁷ CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. *Artigo inédito*. 2020.

³⁸ PEREIRA, Rafael. Parâmetros para aplicação do acordo de não persecução cível criado pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019). *Artigo inédito*. 2020.

³⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

Segundo parcela da doutrina,⁴⁰ quando o acordo é celebrado na fase judicial e não envolve nenhuma daquelas três sanções, prescinde da análise pelo órgão interno do Ministério Público, em razão do texto expresso no art. 6º, §1º, da Resolução nº 179/2017 do CNMP.⁴¹ Semelhante solução se aplica ao acordo celebrado por órgão ou entidade da Administração Pública lesada pelo ato de improbidade administrativa. Bastaria, pois, a mera homologação judicial. Há, no entanto, quem reclame a participação do órgão colegiado superior.⁴² Argumenta-se que o controle evitaria que um terceiro estranho analisasse o mérito do acordo, fugindo da ideia de autocomposição. Invoca-se ainda a noção de uniformização dos acordos substitutivos, com base no fundamento de que, enquanto o juiz analisa o acordo de não persecução cível de determinado caso concreto, o órgão superior (seja do Ministério Público, seja do ente público lesado) o faz em relação a todos ajustes que estão sob sua órbita de atuação.

De qualquer forma, é recomendável que o agente do Ministério Público ou do ente público lesado, antes da homologação do acordo (art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92), intime a pessoa jurídica de direito público lesada para dele tomar ciência e, querendo, intervir, por se tratar de colegitimada na celebração de compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85) e na propositura da ação civil pública por improbidade administrativa (art. 17, “caput”, da Lei nº 8.429/92).

Embora se trate de legitimidade concorrente e disjuntiva, de molde a prescindir da anuência, autorização e/ou participação do colegitimado, dúvidas não há de que a manifestação da advocacia pública ou do respectivo órgão de representação jurídica do ente lesado inibe a celebração de acordos incompletos e que possam vir a ser questionados perante o Poder Judiciário. Com isso, confere-se maior segurança jurídica ao cumprimento do ajuste.

Em caso de dissenso entre colegitimados, seja total ou parcial (v.g., irrisignação quanto a determinada cláusula pactuada), o acordo permanecerá válido e eficaz. No entanto, nada impede que o resiliente o questione judicialmente. Conforme lecionam um dos subscritores e Rogério Favreto,⁴³ “Não se pode admitir que caprichos ou simples posições pessoais possam impedir a realização dos acordos.” Se algum(ns) do(s) legitimado(s) se sentir(em) lesado(s) juridicamente pelo acordo levado a efeito pelo colegitimado, sempre haverá a possibilidade da via recursal para veicular a

⁴⁰ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 995.

⁴¹ “Art. 6º Atendendo às peculiaridades do respectivo ramo do Ministério Público, cada Conselho Superior disciplinará os mecanismos de fiscalização do cumprimento do compromisso de ajustamento de conduta tomado pelos órgãos de execução e a revisão pelo Órgão Superior do arquivamento do inquérito civil ou do procedimento no qual foi tomado o compromisso, observadas as regras gerais desta resolução. § 1º Os mecanismos de fiscalização referidos no caput não se aplicam ao compromisso de ajustamento de conduta levado à homologação do Poder Judiciário”.

⁴² PEREIRA, Rafael. Parâmetros para aplicação do acordo de não persecução cível criado pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019). *Artigo inédito*. 2020.

⁴³ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. In: *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 372.

insurgência, “mas não resta viável a utilização de uma oposição, de uma barreira intransponível, por si só, à realização de acordos.”⁴⁴

Por outro lado, quando o ANPC vier a ser celebrado pelo ente público lesado, também se faz necessária a intervenção do Ministério Público. Se a atuação do Ministério Público é obrigatória como fiscal da ordem jurídica, na ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pela pessoa de direito público lesada (art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92), com maior razão a atuação fiscalizadora deve ocorrer nos acordos de não persecução cível discutidos pela pessoa de direito público lesada, mormente quando necessitam de homologação judicial, o que se propõe com base no art. 127, “caput”, Constituição Federal.

Além disso, nunca é demasiado rememorar que a instituição tem legitimidade para executar o compromisso de ajustamento de conduta firmado por outro ente público, em caso de omissão no descumprimento das obrigações assumidas (art. 12 da Resolução 179/2017 do CNMP), de modo que a sua intervenção é imperiosa.

4.3. Acordo de não persecução cível em casos de solidariedade passiva

Não menos relevante é a celebração de acordo de não persecução cível em casos de solidariedade passiva. Por um lado, o art. 264 do Código Civil dispõe que: “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.” Por outro, o art. 844 do mesmo Código estabelece: “A transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível.”

Em casos de solidariedade passiva em matéria de improbidade administrativa, se a obrigação for de caráter divisível, parece não remanescer maiores controvérsias quanto à possibilidade de estabelecer a cota parte da dívida para fins de acordo. Diferente é a hipótese de obrigação indivisível, em que a autocomposição parcial restará prejudicada se não contar com a intervenção e concordância de todos os devedores.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que não há litisconsórcio passivo necessário na ação de improbidade administrativa entre agentes públicos e eventuais terceiros beneficiários ou participantes.⁴⁵

Pelo art. 3º da Lei nº 8.429/92, as “disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”. É certo que as sanções da Lei de Improbidade também alcançam os particulares que, de qualquer forma, tenham concorrido para o ato ímprobo⁴⁶. O que

⁴⁴ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. Possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. In: *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 372.

⁴⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1579273/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020.

⁴⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.789.492/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 23/5/2019.

não se admite é o ajuizamento da ação de improbidade administrativa exclusivamente em face de particulares, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda⁴⁷. Por essa ótica, seria inadmissível a celebração de acordos parciais de não persecução cível em que figura como compromissário apenas o particular enredado na improbidade.

Esse posicionamento, de certa forma, é contraditório com a própria jurisprudência do STJ, na medida em que, como visto, a Corte reconhece a inexistência de litisconsórcio passivo necessário. Ressalvada à já mencionada situação de indivisibilidade, seria desarrazoado exigir que todos investigados concordem com a autocomposição para que o Ministério Público ou qualquer um dos colegitimados aproveitem a colaboração do agente público investigado na celebração do acordo de não persecução. Se inviável a discussão conjunta, não haveria dificuldade alguma para as condutas serem analisadas e processadas em processos distintos. Nesse sentido, obtempera Sofia Cavalcanti Campelo:

Como a escolha por demandar mais de um devedor solidário é um direito do credor, parece possível – e razoável – que o MP e/ou a pessoa jurídica lesada renuncie, em relação ao signatário do acordo, ao direito de cobrar a totalidade do valor arbitrado a título de reparação de danos, apenas exigindo a sua parte da obrigação, quer no acordo, quer em futura ação judicial.⁴⁸

Como medida alternativa, poderão os colegitimados, ao optarem pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa, perseguir apenas o efeito declaratório (reconhecimento da improbidade), no tocante ao agente público que participou do ANPC, ao argumento de com ele já ter ajustado as sanções cabíveis, e, em relação ao particular, requerer provimento de natureza condenatória, se este não tiver interesse ou não for incluído no acordo.

4.4. A previsão de cláusulas pró-futuro nos acordos de não persecução cível

Além das consequências indesejáveis – reparação do dano e perda dos bens acrescidos ilicitamente – o acordo de não persecução cível poderá prever sanções de natureza cível, administrativo-funcionais e políticas⁴⁹.

A composição sobre as reprimendas criminais exigirá procedimento próprio de acordo com a recente Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime). Dúvida não há sobre

⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1678206/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 26/05/2020, DJe 05/06/2020.

⁴⁸ CAMPÉLO, Sofia Cavalcanti. Acordo em Ação de Improbidade Administrativa: Desafios atuais e perspectivas para o futuro. *Revista dos Tribunais*, vol. 1011, jan./2020.

⁴⁹ CAMBI, Eduardo; BORTONCELLO, Luis Gustavo Patuzzi; LIMA, Diogo de Araújo. A superação da míope interpretação do patrimônio público: o acordo em ato de improbidade administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

o cabimento das sanções de efeito imediato. A questão é: seria possível o acordo prever cláusulas pró-futuro, ou seja, de efeito automático em caso de reiteração do ato ímprobo?

Como exposto, embora de severa consequência, é inegável que toda e qualquer sanção nas searas cível, administrativo-funcionais e políticas pertence ao rol de disposição do agente. Desde a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio até a perda da função pública, suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o poder público, não há nenhuma impossibilidade na composição. Não se ignora a dificuldade em acreditar que o investigado por ato ímprobo aceite acordo que estabeleça todas as sanções previstas na LIA, cumulativamente. Difícil, mas não impossível.

Convém observar que a fixação de sanções condicionais – pró-futuro – além de representar maior preservação da probidade administrativa, empresta ao acordo maior probabilidade de concretização e completa execução. Quando o autor da improbidade, por exemplo, em ato ímprobo de menor vulto, além de ressarcir integralmente o erário, de pagar multa civil e de perder os bens acrescidos ilicitamente, se comprometer a perder a função pública, a ter seus direitos políticos suspensos ou reste proibido de contratar com o poder público por “x” anos, obviamente haverá redobrada atenção não só no cumprimento do acordo, mas, especialmente, nos atos comissivos e omissivos à frente da coisa pública.

Não se pode olvidar que as cláusulas pró-futuro contendo novas sanções resguardam, inclusive, a dupla afetação do patrimônio público, pois a reiteração da improbidade acaba por merecer maior e severa reprimenda em razão do desprezo, pelo gestor e eventual coinvestigado, da probidade e legalidade necessárias.

4.5. Acordo de não persecução cível e independência de instâncias

De complexa abordagem – e apenas a detalhada análise do caso concreto permitirá fazê-la com a qualidade necessária – é a repercussão da absolvição criminal, pelos mesmos fatos que ensejaram a improbidade administrativa, após a celebração do acordo de não persecução cível⁵⁰.

Sem dúvidas, não é toda e qualquer absolvição criminal que vai gerar efeito na seara cível, sendo a autonomia das esferas assunto já pacificado.

Contudo, nas hipóteses em que o juiz declara a inexistência do fato ou a exclusão da autoria, o autor poderia buscar, judicialmente ou por composição com o Ministério Público, a anulação do acordo e o retorno ao “*status quo ante*”?

Em regra, a resposta é negativa em razão da voluntariedade do acordo que versa sobre direitos disponíveis.

⁵⁰ CAMBI, Eduardo; BORTONCELLO, Luis Gustavo Patuzzi; LIMA, Diogo de Araujo. A superação da miope interpretação do patrimônio público: o acordo em ato de improbidade administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

Sem embargo, há situações em que o caso concreto admitirá a anulação do acordo. Ocorre, por exemplo, quando a ação penal trazer um rol probatório mais extenso e qualificado, com provas desconhecidas e/ou que não puderam ser produzidas ao longo do inquérito civil ou da ação civil pública.

No entanto, quando não houver consistente inovação no quadro probatório, com provas impossíveis de serem produzidas ou desconhecidas pela parte interessada, o rigor sobre a segurança jurídica do acordo deve ser observado.

4.6. Os limites do controle judicial sobre o acordo de não persecução cível

Entre as estruturas clássicas de resolução de conflitos e técnicas alternativas de solução de disputas sociais, encontram-se a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição.

A autotutela é considerada o meio mais primitivo de solução de conflitos. Por intermédio dela, resolvia-se a querela com as próprias mãos. Conforme Maurício Godinho Delgado, “a autotutela ocorre quando o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade que o cerca.”⁵¹ Exemplo clássico é o direito de greve, previsto no art. 9º da Constituição Federal e regulamentado pela Lei nº 7.783/1989.

Na autocomposição, por sua vez, a solução é construída pelas próprias partes envolvidas no litígio, com ou sem a intervenção de terceiros, mas, independentemente disso, sem o uso da força. Nas palavras de Francisco José Cahali, na autocomposição, “embora possa participar um terceiro facilitador da comunicação (inclusive com propostas de solução, conforme o caso), o resultado depende exclusivamente da vontade das partes.”⁵²

Já na heterocomposição, a decisão sobre o conflito é entregue a terceira pessoa, que estabelece, forma imperativa, a solução do caso concreto. A heterocomposição pode ocorrer de duas formas: a arbitral, quando as partes escolhem um terceiro de sua confiança para decidir a causa; e a jurisdicional, quando uma das partes, valendo-se do direito de ação, provoca o Poder Judiciário, em busca de uma decisão imperativa, dotada de poder coercitivo e em caráter definitivo.

No caso da autocomposição, as partes estão autovinculadas às convenções pelo livre acordo de vontades, enquanto que na heterocomposição, juízes e árbitros estão adstritos ao ordenamento jurídico (heterovinculação), submetendo-se às normas jurídicas – sejam legisladas ou pactuadas (contratos e convenções)⁵³.

Trazendo essas premissas ao instituto aqui estudado, conclui-se que o acordo de não persecução civil constitui uma forma de autocomposição. Por intermédio dele,

⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. *Revista LTr*, v. 66, n. 6, jun. 2002, São Paulo, p. 663.

⁵² CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43.

⁵³ CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. *Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. Artigo inédito*. 2020.

em troca do não ajuizamento da ação, se extrajudicial, ou da resolução do mérito da demanda, se já ajuizada, as partes negociam aplicação de uma ou de alguma das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, conforme a gravidade dos fatos praticados.

No modelo de consensualidade um dos seus pressupostos é a solução negociada pelas próprias partes. Assim, o protagonismo processual, até então centralizado na figura do juiz, desloca-se para os atores envolvidos no conflito⁵⁴. Quem, então, define as sanções cabíveis (entre aquelas, por certo, com previsão constitucional e legal), a forma, o modo com que serão aplicadas e outros aspectos vinculados à operacionalização do acordo são as próprias partes, por meio de uma negociação regrada, a partir de normas constitucionais e infraconstitucionais.

Evidentemente, o Estado-Juiz não ficará alheio ao controle que lhe é pertinente, afinal, como lecionam um dos subscritores e Rogério Favreto, “[...] o Poder Judiciário não é um mero carimbador de acordo”⁵⁵. Do contrário, sequer haveria necessidade de homologação.

No entanto, o exercício desse controle exige cautela. O juiz, ao analisar o acordo, não pode intervir na proposição do ajuste, tampouco substituir seu conteúdo⁵⁶. Não lhe é dado interferir no mérito do ato jurídico, tampouco no conteúdo de suas cláusulas. O aprofundamento na análise dos requisitos formais e, de maneira excepcional, materiais do acordo de não persecução cível, se não exercido com a prudência necessária, pode eventualmente desvirtuar a natureza do ajuste enquanto negócio jurídico, repercutindo na liberdade e autonomia da vontade das partes, bases do modelo autocompositivo, o que destoa da novel proposta de justiça negociada introduzida no Direito Sancionador brasileiro.

Partindo dessa premissa, se houver discordância do Poder Judiciário em relação à estrita legalidade dos termos do acordo, caber-lhe-á devolvê-lo às partes para adequação pertinente. A conclusão é possível por analogia ao acordo de não persecução penal, disciplinado no art. 28-A do Código de Processo Penal, cujo §5º prescreve: “Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor”.

Esse raciocínio, por certo, não exclui o controle sobre aquelas situações de patente desproporcionalidade e que se enquadraria no exame de legalidade (em sentido “*lato sensu*”) já abordado quando do juízo homologatório do acordo. Nesse sentido, o exemplo citado por Renato de Lima Castro:

⁵⁴ CABRAL, Antônio do Prado. *Convenções processuais*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

⁵⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível. In: *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 373.

⁵⁶ CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

É a hipótese, *v.g.*, em que se leva ao Judiciário, para homologação, acordo de não persecução cível que tem como sanções a suspensão de direitos políticos e perda da função pública de vereador pelo fato do agente ímprobo ter passado no supermercado com veículo oficial, a caminho da Câmara Municipal, para comprar alguns produtos de limpeza para sua residência. O fato viola os princípios da impessoalidade e moralidade, mas as sanções impostas no acordo não mantêm proporcionalidade e razoabilidade com o desvalor de conduta e de resultado do ato ímprobo, sendo desproporcionais.⁵⁷

Porém, mesmo nessas hipóteses, o controle judicial deve se restringir aos casos manifestamente desproporcionais e teratológicos, sob pena de retornar ao vetusto modelo de solução de conflitos em matéria de improbidade administrativa e retroceder no significativo avanço que representou a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) em termos de celeridade e eficiência no combate à corrupção.

5. Conclusões

A nova redação do art. 17, §1º da Lei nº 8.429/92, para além de acompanhar essa mudança de paradigma do direito sancionador, representou significativo avanço no combate à corrupção.

No entanto, perdeu-se uma grande oportunidade de encerrar definitivamente a discussão sobre diversos temas envolvendo o acordo de não persecução cível, em razão da carência de regulamentação sobre aspectos materiais e procedimentais.

A lacuna não impede a efetiva implementação do acordo de não persecução cível, cuja consecução pode se dar mediante uma construção hermenêutica e de interpretação sistemática, por meio do chamado microssistema anticorrupção, com destaque para Lei nº 12.529/2011, que trata, entre outros aspectos, do acordo de leniência em relação às infrações à ordem econômica, e para Lei nº 12.846/2013, que versa sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública.

Definir o conceito, a natureza jurídica e a legitimidade são premissas fundamentais para delimitar os contornos do acordo de não persecução cível e, assim, compreender as controvérsias que cercam a temática. A partir daí será possível reunir condições mínimas capazes de induzir algumas conclusões, entre elas a inexistência de termo final para celebração do acordo de não persecução cível, que não encontra limite temporal enquanto se mostrar útil para defesa do interesse e do patrimônio público; nas hipóteses de suspensão dos direitos políticos, de perda da função pública e de proibição de contratar com o Poder Público é imprescindível o duplo controle

⁵⁷ CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

tanto pelo órgão superior do Ministério Público ou do ente público lesado, quanto do Poder Judiciário; a intervenção no acordo pelo colegitimado que dele não participou, em regra, não constitui requisito de validade e eficácia da convenção, e eventual dissenso imotivado não impede a sua concretização; e que é possível a celebração de acordo em casos de solidariedade passiva envolvendo obrigações divisíveis, inclusive quando o compromissário se restringe ao particular enredado no ato ímprobo.

Ainda, a título de conclusão, identifica-se a possibilidade de previsão de cláusulas pró-futuro nos acordos de improbidade, ou seja, de efeito automático em caso de reiteração do ato ímprobo, na medida em que, além de representar maior preservação da probidade administrativa, empresta ao acordo maior probabilidade de concretização e completa execução.

A absolvição criminal, após a celebração do acordo de não persecução cível e pelos mesmos fatos que ensejaram a improbidade administrativa, em regra, não afeta os termos do ato jurídico perfeito e acabado, salvo quando a ação penal trazer um rol probatório mais extenso e qualificado, com provas desconhecidas e/ou que não puderam ser produzidas ao longo do inquérito civil ou da ação civil pública.

O controle judicial sobre os termos do acordo de não persecução cível merece cautela, porque, se, por um lado, “[...] o Poder Judiciário não é um mero carimbador de acordo”,⁵⁸ por outro, deve observar a natureza do ajuste enquanto negócio jurídico, cujas bases são a liberdade e autonomia da vontade, próprias do modelo autocompositivo. Eventual intromissão no mérito do acordo significaria retroceder o avanço que representou a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) em termos de celeridade e eficiência no combate à corrupção.

Bibliografia

ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 2ª parte. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Direito Processual Geral*. Rio de Janeiro, 2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *AREsp 1579273/SP*. Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.789.492/PR*, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 23/5/2019.

⁵⁸ Cfr. GAJARDONI, Luiz Fernando “et al”. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 373.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1678206/RS*, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 05/06/2020.

CABRAL, Antônio do Prado. *Convenções processuais*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAMBI, Eduardo; SOBREIRO NETO, Armando Antonio. Improbidade administrativa eleitoral: notas sobre o acordo de não persecução cível celebrado pelo Ministério Público. *Artigo inédito*. 2020.

_____; LIMA, Diogo de Araujo; NOVAK, Mariana Sartori. Acordo de Não Persecução Cível. *Artigo inédito*. 2020.

_____; BORTONCELLO, Luis Gustavo Patuzzi; LIMA, Diogo de Araujo. A superação da míope interpretação do patrimônio público: o acordo em ato de improbidade administrativa. *Artigo inédito*.

CAMPELO, Sofia Cavalcanti. Acordo em Ação de Improbidade Administrativa: Desafios atuais e perspectivas para o futuro. *Revista dos Tribunais*, vol. 1011, jan./2020.

CASTRO, Renato de Lima. Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa. *Artigo inédito*. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Resolução n.º 179/2017, de 26 de julho 2017. Disciplina a tomada do compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público. Brasília-DF. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/imagens/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. *Revista LTr*, v. 66, n. 6, jun. 2002, São Paulo.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; PEREIRA, Diogo Abineder Ferreira Nolasco. Justiça multiportas e os conflitos envolvendo a Administração Pública: arbitragem e os interesses públicos disponíveis. *Revista Jurídica Unicuritiba*, vol. 03, n. 60, p. 361-383, jul.-set. 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes.

GAJARDONI, Luiz Fernando da; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otavio Sequeira; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2020.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista Síntese: Direito Administrativo*. São Paulo, v. 12, n. 141, Edição Especial, set. 2017.

LOPES, Paula Lino. Atuação administrativa consensual: acordo substitutivo envolvendo atos de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, vol. 274, dezembro/2017.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009.

MUDROVITCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Leniência e improbidade: a proposta trazida pelo PL 10.887/2018. *Conjur*. Disponível em: <[PEREIRA, Rafael. Parâmetros para aplicação do acordo de não persecução cível criado pelo Pacote Anticrime \(Lei nº 13.964/2019\). *Artigo inédito*. 2020.](https://www.conjur.com.br/2019-set-19/leniencias-questao-leniencia-improbidade-propostatrazida-pl108872018#:~:text=Leni%C3%Aancia%20e%20improbidade%3A%20a%20propost%20trazida%20pelo%20PL%2010.887%2F2018,19%20de%20setembro&text=O%20artigo%2017%2%20%C2%A7%201%C2%BA,de%20que%20trata%20o%20caput%E2%80%9D.&text=Esse%20movimento%20influenciado%20pelas%20t%C3%A9cnicas,consensual%20inauguradas%20pela%20Lei%20n.>. Acesso em: 18 ago. 2020.</p></div><div data-bbox=)

SANTOS, Christiano Jorge; MARQUES, Silvio Antonio. Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo. *Revista de processo*, vol. 303, maio/2020.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. A aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. *Coletânea de artigos: avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa*. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. Brasília: MPF, 2018. Disponível: <<http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes>>. Acesso em: 23 ago. 2020.



Acordo de Não Persecução Cível – questões procedimentais e processuais

Fabrcio Rocha Bastos*

Sumário

1. Questões processuais decorrentes da celebração do Acordo de Não Persecução Cível. 2. Conhecimento *ex officio* do ANPC pelo órgão jurisdicional. 3. Participação do órgão jurisdicional no ANPC. 4. Prazo do ANPC e a sua relação com a prescrição. 5. Participação do órgão colegiado do Ministério Público no ANPC. 6. Consequências jurídicas decorrentes do descumprimento do ANPC. 7. Limite temporal, no âmbito processual, para a celebração da autocomposição. 8. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo aborda o novo instituto do Acordo de Não Persecução Cível de forma demonstrativa com o objetivo de introduzir o tema e buscar alguns parâmetros para a sua aplicação, diante da ausência de regulamentação do seu procedimento.

Abstract

This article approaches the new institute of the Civil Non-Persecution Agreement in a demonstrative way with the objective of introducing the theme and seeking some parameters for its application, in the absence of regulation of its procedure.

1. Questões processuais decorrentes da celebração do Acordo de Não Persecução Cível

Com a edição da Lei nº 13.964/19, a discussão a respeito da possibilidade de realização de acordos na seara da improbidade administrativa, mormente quando o instrumento for um negócio processual, perde um pouco do sentido, pois houve modificação na redação do art. 17, §1º, da LIA.¹

* Doutorando e Mestre pela *Università Degli Studi di Roma Tor Vergata*. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual. Membro do *International Association Of Prosecutors*. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Importante ressaltar que há dois projetos de lei em curso no Congresso Nacional com o objetivo de alterar a Lei de Improbidade Administrativa, quais sejam Projeto de Lei nº 10887/18 (Câmara dos Deputados) e Projeto de Lei nº 3359/19 (Senado Federal) e em ambos há a previsão da celebração do acordo de não persecução cível.

A nova redação passa a permitir², de forma expressa, o chamado acordo de não persecução cível, apesar de não indicar qual deve ser o tipo de procedimento aplicável. Causa estranheza, contudo, a parte final que menciona “*nos termos desta Lei.*” Sendo a referência à LIA, nada mais equivocado, pois não há nada na referida lei que verse, ainda que remotamente, sobre o novel instituto do acordo de não persecução cível³.

Considerando que não há como aplicar tal instituto sem ao menos termos a segurança sobre quais os requisitos, legitimados e procedimentos, devo presumir que a referência feita no art. 17, §1º, parte final, é a Lei nº 13.964/19, porém esta versa expressamente sobre matéria penal que é absolutamente inconfundível com a seara da improbidade administrativa.

Assim, surge uma primeira indagação: o acordo de não persecução cível deverá seguir as mesmas premissas do acordo de não persecução penal? As premissas são realmente as mesmas, pois ambos refletem um pacto de *non petendo*, mas o procedimento deveria ser? Claro que a ideia central dos institutos é a mesma e a interface manifesta, mas não poderão ser confundidos, mormente diante da decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido da inaplicabilidade da colaboração premiada na seara da improbidade administrativa⁴.

² Estranha a menção do legislador às “ações de que trata este artigo” na medida em que somente versa sobre a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, como a ação que deverá seguir o procedimento previsto no art. 17, da LIA. Poder-se-ia afirmar que a Ação Civil Pública de Ressarcimento ao Erário também faz parte da referência, mas a ela não se aplica o procedimento previsto no art. 17 da LIA.

³ Os parágrafos referentes ao procedimento foram vetados pela Presidência da República, mas esta redação foi mantida, portanto, ficou sem sentido a referência.

⁴ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 2/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEMARKETING. CISÃO DA EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME. CELEBRAÇÃO DE TERMO ADITIVO COM A NOVA EMPRESA CRIADA. VEDAÇÃO EDITALÍCIA E CONTRATUAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO ÍMPROBO RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM COM BASE NOS FATOS E PROVAS CONTIDOS NOS AUTOS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO E PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS E REGIMENTAIS. DELAÇÃO PREMIADA E ACORDO DE LENIÊNCIA. APLICAÇÃO DAS LEIS 8.884/94 E 9.807/99 NO ÂMBITO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INSTITUTOS RESTRITO À ESFERA PENAL. INAPLICABILIDADE NO ÂMBITO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, NOS TERMOS DA REDAÇÃO VIGENTE DO ART. 17, § 1º, DA LEI 8.429/92. (...) 4.2. Embora o instituto tenha sido consolidado recentemente, com a promulgação da Lei 12.850/2013, é de ressaltar que o ordenamento jurídico já trazia previsões esparsas de colaboração premiada - gênero do qual a delação premiada é espécie - dentre as quais podemos citar os alegados arts. 13 a 15 da Lei 9.807/99, bem como o art. 35-B, da Lei 8.884/94 (vigente à época da interposição do recurso, revogado pelo art. 87, da Lei 12.529/2011 - atual Lei Antitruste). 4.3. Por meio de interpretação sistemática dos dispositivos citados, observo que os mecanismos ali previstos são restritos às finalidades previstas nos respectivos diplomas normativos. 4.4. No caso da Lei 9.807/99 - que instituiu o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas -, o benefício se restringe ao processo criminal e pressupõe que o Réu esteja sofrendo algum tipo de ameaça ou coerção em virtude de sua participação na conduta criminoso. 4.5. Por sua vez, a Lei Antitruste, ao prever o acordo de leniência, restringe seus benefícios a eventuais penalidades impostas em decorrência da prática de crimes contra a ordem econômica, “tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no 88 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal”. 4.6. Os benefícios de colaboração premiada previstos na Lei 9.807/99 - que instituiu o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas -, bem como na Lei Antitruste, não são aplicáveis ao caso em concreto, em que a prática de crimes contra a ordem econômico, nem estão demonstradas as hipóteses de proteção prevista na Lei 9.807/99. 4.7. Por fim, é necessário consignar que a transação e o acordo são expressamente vedados no âmbito da ação de improbidade administrativa (art. 17, § 1º, da Lei

Portanto, o tema do presente ganha ainda mais destaque, pois dúvidas quanto ao procedimento do acordo de não persecução cível, bem como as repercussões processuais precisarão de uma dedicação ainda maior da doutrina e da jurisprudência.

Serão abordados no presente artigo as principais questões processuais que surgirão no decorrer do tempo em virtude da celebração do acordo de não persecução cível, doravante ANPC.

Os principais temas são os seguintes: a) *pode o magistrado conhecer de ofício a existência do ANPC?* b) *existe prazo para a sua eficácia?* c) *há a necessidade de homologação judicial?* d) *qual deve ser a consequência processual da inobservância do acordo para o legitimado ativo?* e) *qual é a sua natureza jurídica processual?* f) *a celebração do acordo pelo Ministério Público deve ser submetida ao reexame necessário do órgão colegiado superior?* g) *qual é a consequência processual decorrente do seu descumprimento?* h) *até qual momento processual será possível a celebração da avença?*⁵

Todas estas indagações serão respondidas a seguir em tópicos específicos.

2. Conhecimento *ex officio* do ANPC pelo órgão jurisdicional

O magistrado, apesar de ser um claro impeditivo processual, não poderá, ao menos de ofício, conhecer do pacto *de non petendo*, pois se trata de matéria afeta ao direito obrigacional.⁶ Tal assertiva se estende ao acordo de não persecução cível?

Considerando o seu nítido caráter impeditivo (art. 485, IV e VI, CPC) ao exercício da tutela judicial, por ser um pressuposto processual impeditivo⁷ ou que retira o interesse processual ou de agir⁸, em princípio, poderia ser conhecido de ofício (art. 485, §3º, CPC), mas como tal matéria estará na esfera de conhecimento do magistrado antes do oferecimento da defesa pelo réu?

Para a resposta à indagação, deverá ser enfrentada a necessidade ou não da homologação judicial, como se verá adiante.

8.429/1992), ainda que entenda oportuno o debate pelo Congresso Nacional sobre o referido dispositivo legal, a fim de analisar sua atualidade, pertinência e compatibilidade com normas sancionatórias que preveem a possibilidade de acordo de não persecução penal. 4.8. Sobre o tema: AgInt no REsp 1654462/MT, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 14/06/2018; REsp 1217554/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 22/08/2013. 5. Ante o exposto, não conheço dos recursos especiais interpostos por Call Tecnologia e Serviços Ltda., Aberones da Silva e Ricardo Lima Espíndola, e nego provimento ao recurso especial interposto por Durval Barbosa Rodrigues. (REsp 1464287/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., j. 10/03/2020, DJe 26/06/2020)

⁵ Todos estes questionamentos já foram apontados por mim na obra BASTOS, Fabrício Rocha. *Acordo de Não Persecução Cível*. Salvador: Liber, 2021, p. 150 e ss.

⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo*: a promessa de não processar no direito brasileiro. Texto publicado no Grupo de Pesquisa: Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo. ProcNet: Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo, 2020, p. 12.

⁷ Um dos pressupostos processuais previstos em nosso sistema jurídico, pois deveria ser um empecilho para o exercício judicial da pretensão.

⁸ Uma das condições ao legítimo exercício do direito de ação, pois qual seria a necessidade do exercício judicial da pretensão quando já presente um título executivo?

Porém, por uma aplicação sistêmica, nota-se que, em outras hipóteses previstas na legislação processual (arts. 65, CPC e 337, §6º, CPC), há a expressa necessidade da alegação da parte para que o juiz conheça da matéria avençada. O enunciado 252 do Fórum Permanente de Processualistas Civis segue esta toada.⁹

Como não há a necessidade de cognição prévia pelo magistrado, vedada será a sua manifestação sobre a avença nos casos de celebração desvinculada de pretensão judicial já exercida.

3. Participação do órgão jurisdicional no ANPC

Dando continuidade ao item anterior, deve ser verificada a possibilidade/necessidade da intervenção judicial na seara da celebração do ANPC.

Apesar de ser, na essência, um instrumento extraprocessual, existe a possibilidade fática e jurídica da sua celebração no bojo da demanda improbiidade.

Diante de tal panorama, surgem os seguintes questionamentos: i) para que o acordo de não persecução cível surta os seus regulares efeitos, será imprescindível a homologação judicial? ii) haverá a possibilidade de análise meritória do acordo?

Considerando a ideia do microssistema da tutela coletiva de combate à corrupção, penso ser despicienda a homologação judicial para que o acordo de não persecução cível surta os seus regulares efeitos, sob pena de subverter completamente o sentido da mútua complementariedade das regras do microssistema da tutela coletiva, pois não há tal exigência para a celebração do acordo de leniência e, tampouco para o TAC, exceto, claro, quando celebrados no curso da demanda judicial. A exigência da homologação judicial verifica-se somente quanto ao acordo de colaboração premiada, bem como o acordo de não persecução penal.

Não custa lembrar que este acordo é uma convenção (pré) processual e, assim, não há a necessidade da homologação judicial para que surta os seus regulares efeitos (art. 200, CPC), mas haverá o controle judicial acerca da validade da avença, conforme preconiza o art. 190, CPC. Assim, apesar da natureza de impeditivo processual, como sobredito, não haverá a possibilidade de conhecimento *ex officio* da avença.¹⁰

Apesar desta linha de raciocínio, há, na doutrina¹¹, quem sustente a imprescindibilidade da homologação judicial, sob os seguintes argumentos: i) conferir segurança jurídica; ii) manter a coerência sistêmica da aplicação das sanções previstas na legislação.

O ponto nodal é verificar qual é o limite da participação do magistrado, ou seja, se a sua análise será restrita aos limites legais ou se poderá adentrar ao mérito.

⁹ "O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento."

¹⁰ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Salvador: JusPodivm, 19ª ed., 2017, p. 442.

¹¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 908 e 909.

Poder-se-ia, como faz setor doutrinário, sustentar a obrigatoriedade do magistrado verificar os aspectos formais e materiais do acordo celebrado e, inclusive, se imiscuir nas sanções avençadas.¹²

Por outro lado, há quem afirme que a atuação do magistrado variará conforme o momento da celebração da avença: i) se o acordo for celebrado antes do ajuizamento da demanda, não há a necessidade sequer do controle jurisdicional do ato; ii) se o acordo for celebrado durante o curso da demanda, deverá ocorrer o controle tanto dos aspectos formais quanto materiais.¹³

Em meu sentir, a melhor orientação deve ser a participação do juiz somente para analisar os aspectos formais e legais, sem se imiscuir no mérito ou fazer ajustes ou emendas¹⁴. Caso discorde dos termos, deverá recusar a homologação da avença e as partes poderão renegociar os termos e apresentar novo acordo.¹⁵

Nos casos de ANPC celebrado diretamente pela Pessoa Jurídica interessada (arts. 1º e 17, da LIA), sempre, diga-se, com a necessária participação do Ministério Público, deverá ocorrer submissão à homologação judicial com o fim de conferir segurança jurídica e a possibilidade do crivo jurisdicional.¹⁶

Tal necessidade não deverá ser aplicada nos casos de celebração da avença pelo Ministério Público, ante a sua independência funcional.

4. Prazo do ANPC e a sua relação com a prescrição

Quanto ao aspecto temporal da eficácia do acordo, penso que, apesar da inexistência de qualquer regramento específico, pode corresponder, conforme defende parte da doutrina¹⁷, exatamente ao prazo prescricional das pretensões da improbidade administrativa (art. 23, da LIA) com a ressalva referente às condutas dolosas de lesão ao erário (art. 10, da LIA c/c art. 37, §5º, CR/88), posto inexistente a incidência da prescrição.

Entretanto, tal entendimento não pode ser replicado na seara da tutela coletiva, pois há uma regra em seu microsistema que pode, em primeira análise, ser aplicável

¹² ANDRADE, Landolfo. *Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões*. GEN Jurídico, 05 de março de 2020. Disponível em: <http://gen-juridico.com.br/2020/03/05acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 17 out. 2020.

¹³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa*. In: <http://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 19 out. 2020.

¹⁴ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 118.

¹⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. 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.

¹⁶ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 119.

¹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*. Texto publicado no Grupo de Pesquisa: Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo. ProcNet: Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo, 2020, p. 9 e 10.

subsidiariamente, qual seja o art. 16, §9º, da LAC, que determina a interrupção da prescrição nos casos de celebração do acordo de leniência.

Ora, o acordo de não persecução pode gerar esta interrupção? Não se trata, por óbvio, de criação convencional de acordo com viés perpétuo, mas é factível sustentar uma obrigação de viés negativo com prazo fixo? Reputo plenamente possível, mas a peculiaridade diante do acordo de não persecução cível é a seguinte: qual é a utilidade da sua celebração sem prazo definido? Qual seria a vantagem do conveniente em celebrar o acordo?

Bom, em última análise, tendo a concordar com a doutrina que sustenta a possibilidade da vigência do acordo durante o curso do prazo prescricional, ou seja, replicar o prazo da prescrição para fixar o período de vigência do acordo.

Entretanto, como coadunar esta afirmação com a aplicação da causa interruptiva? Este é o desafio a ser enfrentado, pois, afinal de contas, a celebração do ANPC interrompe a prescrição?

Apesar da existência de entendimento no sentido de que a instauração do inquérito civil pode gerar a interrupção da prescrição¹⁸, o mesmo não merece prosperar por completa ausência de previsão legal neste sentido.

Entretanto, outros marcos interruptivos poderão ser indicados como aplicáveis ao ANPC.

O primeiro marco interruptivo é a realização do protesto judicial na forma prevista no art. 202, II, do CC c/c o art. 867, do CPC¹⁹, como já reconhecido pelo STJ.²⁰

O segundo marco interruptivo é o reconhecimento da prática do ato de improbidade administrativa, por meio da aceitação da proposta do acordo, conforme preconiza o art. 202, VI, do CC.²¹

O terceiro marco interruptivo é a celebração do próprio acordo, por decorrência lógica prevista no microsistema de combate à corrupção, com base no art. 16, §9º, da Lei Anticorrupção. Este deve ser o marco considerado, justamente por ser o resultado da aplicação direta das regras previstas no microsistema. Ademais, o Código Civil somente deverá ser aplicado na tutela coletiva de maneira residual.

Ao celebrar o acordo de não persecução cível com a determinação das suas condicionantes, os celebrantes fixarão o prazo para o fiel cumprimento da avença, durante o qual não correrá o prazo prescricional, conforme aplicação do art. 16, §9º, da LAC, pois, do contrário, poder-se-ia chegar ao absurdo do controle da prescrição ficar a cargo do conveniente. Basta imaginar toda a sorte de subterfúgios para não cumprir o acordado até ultimar o prazo prescricional previsto no sistema jurídico.

¹⁸ Resp 1.407.249/PB, Rel. Min. Olindo Menezes, 1ª T., j. 12.12.2015.

¹⁹ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 68.

²⁰ Resp 1.522.694/RN, Rel. Min. Francisco Falcão, Dje 26.04.2017.

²¹ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 210.

Não é demais lembrar que a consequência jurídica mais relevante do não cumprimento é justamente a propositura da respectiva demanda de improbidade que restaria inviabilizada, caso ainda estivesse em curso o prazo prescricional. O conveniente deverá fazer uma singela escolha: realiza o pacto ou sujeitar-se-á ao processo judicial.

Assim, para fins de coerência sistêmica e segurança jurídica, será recomendável que o acordo de não persecução cível tenha um prazo para o seu cumprimento que seguirá, à guisa de orientação, o prazo prescricional, mas a sua celebração o interromperá.

5. Participação do órgão colegiado do Ministério Público no ANPC

A atribuição para a celebração do ANPC pertence ao órgão de execução ministerial que a ostenta para a persecução judicial, por uma lógica sistêmica.

A depender do sujeito passivo, apesar da inexistência de foro por prerrogativa de função na seara da improbidade, a atribuição pode pertencer aos órgãos de execução superiores.

A atuação dos órgãos colegiados superiores do MP não ocorre como órgãos de execução, mas deliberativos, administrativos e de reexame. Impende destacar, contudo, que o Conselho Superior do Ministério Público atua como órgão de execução quando realiza o reexame necessário da promoção de arquivamento.²²

Questão interessante é verificar a necessidade de ser submetido o acordo ao reexame necessário pelo órgão colegiado superior do Ministério Público (Conselho Superior ou Câmara de Coordenação e Revisão). Apesar de a intenção de tais órgãos em manter tal controle, reputo, assim como sustento para os casos de TAC²³, completamente despicienda tal análise, pois não se trata de caso de arquivamento.

Entretanto, deve o membro do MP, contudo, cientificar formalmente do conteúdo integral do ANPC ao órgão colegiado superior em prazo não superior a três dias da promoção de arquivamento do inquérito civil ou procedimento correlato em que foi celebrado. Em outros termos, não há controle acerca do mérito e do conteúdo pelo órgão colegiado superior, mas somente a sua efetiva ciência.²⁴

Vale mencionar que a eficácia do ANPC não estará condicionada à aquiescência e posterior homologação do órgão colegiado superior²⁵, pois, além de não existir

²² GARCIA, Emerson. Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 280.

²³ BASTOS, Fabrício Rocha. *Curso de Processo Coletivo*. 2ª ed., São Paulo: Foco, 2019, p. 580.

²⁴ BASTOS, Fabrício Rocha. *Curso de Processo Coletivo*. 1ª ed., São Paulo: Foco, 2018, p. 575.

²⁵ Apesar da previsão em algumas resoluções sobre o ANPC que determina a necessária remessa, tais como: i) art. 6º, §8º, da Resolução nº 01/2020 do Ministério Público do Estado de Pernambuco; ii) art. 10 da Resolução nº 1.193/2020 – CPJ do Ministério Público do Estado de São Paulo; iii) Nota técnica nº 01/2020, p. 07/08, do Centro de Apoio Operacional da Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa (CAODPP) do Ministério Público do Estado do Ceará; iv) Nota Técnica nº 16/2020, p. 16, do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; v) art. 8º, §3º, da Resolução CPJ nº 040/2020; vi) art. 11 da Resolução CPJ nº 04/2020 do Ministério Público do Estado do Piauí; vii) Orientação nº 04 do Centro de Apoio às Promotorias

dispositivo legal expresso neste sentido, haverá violação ao princípio da independência funcional do membro do MP, segundo a doutrina dominante.²⁶ O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no mesmo sentido.²⁷

Na redação original da alteração do art. 17, da LIA, vetada pela Presidência da República, havia referência expressa à necessidade da homologação pelo órgão colegiado superior e posterior homologação judicial.

Eventual fixação desta atribuição, por meio de Resolução do CNMP ou dos Ministérios Públicos da União e dos Estados²⁸, em minha visão, exorbitará a função regulamentar.

O poder regulamentar do CNMP²⁹, por exemplo, e que se aplica aos regulamentos locais³⁰, não pode ser considerado como um regulamento autônomo³¹ com força normativa primária (arts. 61, §1º, II, e) c/c 84, VI, da CR/88), pois o seu espaço de conformação é mais restrito, sob pena de usurpação da função legislativa. O seu espaço de atuação está adstrito, como determina o art. 130-A, §2º, I, da CR/88, ao zelo pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público e não poderá afrontar, com inovações, a Constituição e Lei.³²

Para que reste clara a minha posição que, claro, pode ainda ser melhor desenvolvida, baseio-me nos seguintes fundamentos: i) não existe fundamentação legal para a criação de tal atribuição revisora para os órgãos colegiados superiores, conforme se verifica no art. 128, §5º, da CR/88; estas deverão ser criadas por leis próprias, ou seja, as próprias leis orgânicas deverão ser alteradas para tal desiderato; ii) não há autorização constitucional ou infraconstitucional para que as Resoluções do Ministério Público criem diretamente tal atribuição, sob pena de violação ao princípio da reserva legal³³. Ademais, não há no âmbito do microsistema da tutela coletiva qualquer diretriz neste sentido; iii) eventual Resolução do CNMP não poderia inovar quanto ao tema, apesar da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADC nº 12, pois violaria diretamente não só as leis orgânicas do Ministério Público, como também as regras previstas no microsistema da tutela coletiva (art. 9º, da LACP; art. 6º, da Lei nº 7853/89; art. 3º, da Lei nº 7913/89; art. 223, do ECA e art. 92, §2º do Estatuto do Idoso)³⁴; iv) as leis orgânicas

de Proteção à Moralidade Administrativa (CAOPAM) do Ministério Público do Estado da Bahia; viii) art. 3º, XVII da Resolução 80/2020 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Mato Grosso.

²⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. Op. cit., p. 441; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direitos Difusos*. Op. cit., p. 88; SOUZA, Moutari Ciochetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117.

²⁷ AgRg no REsp 1.175.494/PR, 1ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 22.03.2011, DJe 07.04.2011.

²⁸ Resoluções emanadas pelos Conselhos Superiores.

²⁹ GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 261.

³⁰ Assim compreendidos como aqueles editados pelas respectivas unidades federativas.

³¹ GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 264.

³² GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 269.

³³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 563.

³⁴ GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 263-264.

do Ministério Público listam as atribuições dos órgãos colegiados superiores e não há uma regra sequer neste sentido, mas somente para realizar o reexame necessário da promoção de arquivamento e sempre com referência expressa à possibilidade de ampliação das atribuições por lei (princípio da reserva legal)³⁵; v) não existe regra semelhante no âmbito do microssistema da tutela coletiva; vi) a Resolução nº 179 do CNMP, que pode ser aplicada, no que couber ao ANPC, preconiza somente a possibilidade do Conselho Superior regulamentar a fiscalização do cumprimento da avença (no caso, o TAC), bem como a disposição mínima de ciência, mas nada dispõe sobre a necessidade do reexame necessário para fins de eficácia³⁶

Ora, se o caso for de arquivamento, sujeito ao reexame (art. 9º, da LACP), não há que se falar em acordo de não persecução cível, pois se a pretensão não foi exercida por ausência de justa causa (fundamento do arquivamento), qual seria o sentido da avença?

Entretanto, para que a disponibilidade motivada da demanda de improbidade administrativa seja efetivamente acompanhada pelos órgãos administrativos superiores, penso ser extremamente recomendável a efetiva ciência/comunicação formal de que houve a celebração do acordo, mas sem que o mesmo seja objeto de sindicabilidade do seu teor.

Um ponto ainda pouco explorado é saber se caso o ANPC seja celebrado no âmbito judicial, haverá a necessidade de análise pelo órgão colegiado superior?

A princípio, duas soluções poderão ser indicadas para a questão.

A primeira solução é afirmar ser despiciendo o reexame necessário, pois o controle judicial do acordo será suficiente para analisar a sua juridicidade.³⁷ Ademais, o art. 6º, §1º, da Resolução nº 179 do CNMP preconiza desta forma.

A segunda solução é sustentar que, enquanto não houver regulamentação própria, deverá haver submissão ao reexame necessário, com base no art. 6º, §1º, da Resolução nº 179/2017 do CNMP.³⁸

Em primeira análise, a primeira solução é a melhor sob os seguintes prismas: i) previsão expressa no microssistema da tutela coletiva (art. 6º, §1º, da Resolução nº 179 do CNMP); ii) celeridade procedimental, pois a intervenção do órgão colegiado superior, na hipótese acarretaria severo atraso na solução da questão; iii) inexistência, como sobredito, de norma jurídica indicando a necessidade da atuação do órgão colegiado.

³⁵ Art. 15, XIII da Lei nº 8625/93; art. 62, IV da Lei Complementar nº 75/93; arts. 22, XV c/c 41, II, a) e III da Lei Complementar nº 106/03 (do Rio de Janeiro).

³⁶ GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 237.

³⁷ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 995.

³⁸ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 116.

6. Consequências jurídicas decorrentes do descumprimento do ANPC

O acordo de não persecução cível é, primordialmente, uma convenção processual³⁹ de exclusão do exercício da pretensão judicial (tutela judicial) decorrente de um direito material⁴⁰, que pode abranger um processo atual (acordo incidental)⁴¹ ou um processo futuro (acordo pré-processual).

Deve ser reconhecido, também, como um pressuposto processual negativo (art. 485, V, CPC), ou, também como situação que retira o interesse de agir (art. 485, VI, CPC)⁴², pois nada mais é do que um impedimento processual temporário gerando, por conseguinte a extinção do processo sem resolução de mérito, mediante o indeferimento da petição inicial (art. 330, III, do CPC).⁴³

Caso os termos do acordo sejam descumpridos pelo convenente, abrir-se-á, conforme os termos avençados, a imediata possibilidade da propositura da respectiva demanda, com a aplicação da multa e consectários previstos no instrumento.

Poder-se-ia, também, sustentar a possibilidade da propositura direta de demanda executiva, desde que seja considerado o ANPC como título executivo extrajudicial (art. 784, XII, do CPC c/c art. 5º, §6º, da LACP)⁴⁴, pois os instrumentos similares como o acordo de leniência e o TAC assim também são considerados.

Por ser um título executivo extrajudicial, poderá ser diretamente executada a obrigação prevista no ANPC, mas o art. 785, do CPC também possibilita o ajuizamento de demanda cognitiva.

Além da possibilidade da judicialização do tema, seja por meio demanda cognitiva ou executiva, com o descumprimento da avença pelo convenente, haverá um óbice para a celebração de novo acordo de não persecução cível, conforme preconizam os arts. 86, §12, da LDC e 16, §8º, da LAC, aplicáveis em virtude do microsistema.

Interessante analisar o descumprimento sob a ótica daquele que poderia figurar no polo passivo.

Além da existência do acordo ser uma óbvia matéria defensiva (por meio de exceção), poder-se-ia sustentar a possibilidade da propositura de demanda com o fim de obrigar o legitimado coletivo ativo a cumprir a avença, inclusive com o deferimento de tutela provisória da evidência (art. 311, II, primeira parte, do CPC), desde que efetivamente comprovada a evidente possibilidade da quebra da boa-fé objetiva

³⁹ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 41. No mesmo sentido: PINHEIRO, Igor Pereira. *Lei anticrime e acordo de não persecução cível – aspectos teóricos e práticos*. Fortaleza: Jhimuzno, 2020.

⁴⁰ SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo: Exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 1ª ed., 2015, p. 306.

⁴¹ Apesar do veto presidencial ao art. 17, §2º da LIA que o previa expressamente.

⁴² Mesmo ciente de que são categorias jurídicas diversas, a repercussão processual será a mesma.

⁴³ CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*. Texto publicado no Grupo de Pesquisa: Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo. ProcNet: Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo, 2020, p. 11.

⁴⁴ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 120.

(art. 5º, do CPC), sem justificativa adequada, o que, em meu sentir, impediria a tutela provisória *inaudita altera pars* (art. 9º, do CPC). O conveniente teria ao seu dispor uma demanda inibitória para “forçar” o cumprimento da avença que exterioriza, a rigor, uma obrigação de não fazer.⁴⁵

7. Limite temporal, no âmbito processual, para a celebração da autocomposição

O acordo de não persecução cível pode ser celebrado durante a fase procedimental (momento extrajudicial ou extraprocessual) e também ao longo do curso da demanda judicial.⁴⁶ Resta fixar, contudo, qual é o momento processual limite para a realização do ato.⁴⁷

Há, na doutrina, quem apresente a necessidade de verificar se a demanda já foi ajuizada antes da vigência da Lei nº 13.964/19 ou durante.⁴⁸

Vale mencionar a existência de entendimento doutrinário no sentido de que o ANPC somente poderá ser celebrado na fase judicial⁴⁹, o que me parece equivocado, em primeira análise.

Quanto às ações ajuizadas após a vigência da nova lei, há, ao menos, três soluções jurídicas.

A primeira é no sentido de que o momento processual adequado e final para a realização do acordo de não persecução cível é o oferecimento da contestação, levando em consideração o duplo juízo de admissibilidade, pois o art. 17, §10-A, da LIA, em certa medida, fixa tal limite para a obtenção da solução consensual⁵⁰ com o devido reconhecimento da preclusão caso ocorra após tal momento, sem contar que se trata do momento no qual o réu discutirá toda a matéria de fato e de direito⁵¹.

Nada mais equivocado, em meu sentir, pois as partes poderão, em qualquer momento processual, obter a solução consensual do litígio (art. 139, V, CPC) e o juiz poderá dilatar os prazos processuais (art. 139, VI e pu, CPC c/c 7º, §2º, IV, LAP).

⁴⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*. Texto publicado no Grupo de Pesquisa: Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo. ProcNet: Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo, 2020, p. 14.

⁴⁶ PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 68. No mesmo sentido: OSÓRIO, Fábio Medina. *Acordos em ações de improbidade*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515662/noticia.html?sequence=1>. Acesso em: 18 out. 2020.

⁴⁷ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 32.

⁴⁸ PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 69.

⁴⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. 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.

⁵⁰ PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 69. PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 75.

⁵¹ PINHEIRO, Igor Pereira. *Lei anticrime e acordo de não persecução cível – aspectos teóricos e práticos*. Fortaleza: Jhimuzno, 2020.

Uma segunda solução seria possibilitar que o ANPC seja celebrado na esfera recursal, ainda que o feito esteja em curso perante a segunda instância, ou seja, este seria o limite temporal, tendo em vista que já foram analisados todos os fatos e provas.⁵²

Novamente, como sobredito, não há como prosperar esta arbitrária imposição de momento processual fim, sob pena de incoerência sistêmica. Ademais, ainda que no âmbito dos recursos excepcionais, sejam analisadas somente questões de direito e não de fato, não há como afastar a possibilidade do ANPC versar justamente sobre temas referentes exclusivamente à matérias de direito.

A terceira segue a linha da inexistência de limite temporal para a realização do acordo, desde que seja antes da ocorrência do trânsito em julgado, pois não há razão subjacente para tal imposição, considerando que um dos vetores do direito processual é a obtenção da solução consensual dos conflitos⁵³.

Esta parece ser a melhor solução para o instituto. O Superior Tribunal de Justiça⁵⁴, em certa medida, reconheceu esta solução ao permitir acordo de não persecução cível no âmbito da ação de improbidade administrativa em fase recursal.

No tocante às ações ajuizadas antes da vigência, mas ainda em curso, deve ser reconhecida a possibilidade da celebração do acordo de não persecução, mesmo após ultrapassado o momento processual da contestação⁵⁵, mas com a devida análise da conveniência e necessidade.⁵⁶

8. Conclusão

No presente artigo, apresentei as primeiras impressões e abordei os pontos nodais que podem gerar as inerentes dificuldades de utilização do novel instrumento.

A parca regulamentação infraconstitucional torna penoso delineamento do instituto, mas com aplicação das regras previstas no microsistema da tutela coletiva e do combate à corrupção será factível sustentar uma coerência sistêmica para que o Acordo de Não Persecução Cível surta os efeitos necessários.

Apesar da existência de algumas regulamentações no âmbito interno de cada Ministério Público, falta certa unidade institucional sobre todos os aspectos procedimentais e materiais para que tenhamos segurança jurídica.

⁵² AgInt no RtPaut no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no AREsp 1.341.323/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Dj 07.05.2020.

⁵³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Acordos em ações de improbidade*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515662/noticia.html?sequence=1>. Acesso em: 18 out. 2020. ANDRADE, Landolfo. *Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões*. GEN Jurídico, 05 de março de 2020. Disponível em: <http://gen-juridico.com.br/2020/03/05acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em: 17 out. 2020. ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 995. No mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no AREsp 1.467.807/Go, Rel. Min. Herman Benjamin, Dj 02.06.2020.

⁵⁴ AREsp 1.314.581/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª T., por unanimidade, j. 23/02/2021.

⁵⁵ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 76.

⁵⁶ PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 70.

Como demonstrado no texto que vos apresento, sustento que tais resoluções não podem inovar nas atribuições dos Órgãos Colegiados Superiores do Ministério Público, portanto, será despendida a realização do reexame necessário do acordo, exceto quando for analisar a promoção de arquivamento decorrente do cumprimento integral da avença. Este é o meu principal ponto de divergência com as regulamentações já existentes.

Outras questões igualmente importantes ainda surgirão sobre a utilização e eficácia do instrumento, mas que não cabem nesta senda.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10ª ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

ANDRADE, Landolfo. *Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões*. GEN Jurídico, 05 de março de 2020. Disponível em: <http://gen-juridico.com.br/2020/03/05acordo-de-nao-persecucao-civel/>>. Acesso em: 17 out. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A Colaboração Premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal epistêmica? *In: Colaboração Premiada*. MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. São Paulo: RT, 2017.

BARROS LÉONEL, Ricardo de. *Manual do Processo Coletivo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BASTOS, Fabrício Rocha. *Acordo de Não Persecução Cível*, Salvador: Liber, 2021.

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

_____. *Curso de Processo Coletivo*. 1ª ed., São Paulo: Foco, 2018.

BOTTINO, Thiago. Cooperação premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, set.-out. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*. Texto publicado no Grupo de Pesquisa: Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo. ProcNet: Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. Salvador: JusPodivm, 19ª ed., 2017.

_____; BONFIM, Daniela Santos. *A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa*. Belo Horizonte: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar., 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçaves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa. In: <http://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 19 out. 2020.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: *Colaboração Premiada*. MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. São Paulo: RT, 2017.

NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Reflexos do Novo CPC na Ação de Improbidade Administrativa. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2016_241_capDoutrina.pdf. Acesso em: 04 nov. 2020.

Nota Técnica nº 01/2020, p. 07/08, do Centro de Apoio Operacional da Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa (CAODPP) do Ministério Público do Estado do Ceará.

Nota Técnica nº 16/2020, p. 16, do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Orientação nº 04 do Centro de Apoio às Promotorias de Proteção à Moralidade Administrativa (CAOPAM) do Ministério Público do Estado da Bahia.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Acordos em ações de improbidade*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515662/noticia.html?sequence=1>. Acesso em: 18 out. 2020.

_____. *Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa e seus reflexos na Lei de Improbidade Empresarial*.

Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticrimeeimprob.pdf. Acesso em: 18 nov. 2020.

PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PINHEIRO, Igor. *Lei anticrime e acordo de não persecução cível – aspectos teóricos e práticos*. Fortaleza: Jhimuzno, 2020.

_____. *Lei anticrime e acordo de não persecução cível – aspectos teóricos e práticos*. Fortaleza: Jhimuzno, 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. 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.

Resolução 80/2020 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Mato Grosso.

Resolução CPJ nº 04/2020 do Ministério Público do Estado do Piauí.

Resolução CPJ nº 040/2020.

Resolução nº 01/2020 do Ministério Público do Estado de Pernambuco.

Resolução nº 1.193/2020 – CPJ do Ministério Público do Estado de São Paulo.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) Premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016.

SEIÇA, Alberto Medina de. *Legalidade da prova e reconhecimentos “atípicos” em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante. Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2003.

SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo: Exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais*, Salvador: JusPodivm, 1ª ed., 2015.

TAVARES, Pedro Tenório Soares Vieira; NETTO, Estácio Luiz Gama de Lima. *Pacote anticrime – as modificações no sistema de justiça criminal brasileiro*. E-book, 2020.

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa. *Pactum de non petendo parcial*. *Revista de Processo*, ano 43, vol. 280, jun. 2018.



Sua Boa
Razão

Luz e Verdade

Microsistema 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 microsistema 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 microsistema 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. Fabricio 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 ANDRÁDE, 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.

Microsistema de tutela coletiva: análise dos meios de consensualidade e da possibilidade de acordo na esfera da improbidade administrativa, com o advento da Lei nº 13.964/19

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/l13105.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/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%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. *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.

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/112846.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 multiportas*, 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/imagens/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. 2º 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, no 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 n.º 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.cnmp.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 reforçam 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 CONDUCTA – 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 tangê 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.

Microsistema de tutela coletiva: análise dos meios de consensualidade e da possibilidade de acordo na esfera da improbidade administrativa, com o advento da Lei nº 13.964/19

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 equivocada, 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 quando 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 improbo, 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/!PORTAL.wvpob_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.

Microsistema de tutela coletiva: análise dos meios de consensualidade e da possibilidade de acordo na esfera da improbidade administrativa, com o advento da Lei nº 13.964/19

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, reconheceu 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 9.807/199, 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/IPORTAL.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/IPORTAL.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%202%C2%BA%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/Resolucao%20n%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 16/02/2021.

Microsistema de tutela coletiva: análise dos meios de consensualidade e da possibilidade de acordo na esfera da improbidade administrativa, com o advento da Lei nº 13.964/19

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-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 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.

_____. *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=gngznX4dznKgbKGziHRZ%2Fr0RtrY%3D>. Acesso em: 16/02/2021.

Acordo de não persecução cível: a negativa de celebração é suscetível de revisão?

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos introdutórios do acordo de não persecução cível. 2. A existência de uma instância revisora, na negativa de celebração do acordo, está ínsita na atuação funcional do Ministério Público? 3. O “diálogo das fontes” autoriza a revisão com base em normas afetas a outra instância de responsabilização? 4. A instância revisora pode ser instituída por ato regulamentar? Epílogo. Referências.

Resumo

O acordo de não persecução cível, disciplinado no art. 17-B da Lei nº 8.429/1992, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, tem suscitado dúvidas em relação à existência, ou não, de uma instância de revisão na hipótese de negativa de celebração pelo órgão de execução do Ministério Público com atribuição. O objetivo de nossas reflexões é identificar se essa possibilidade poderia ser considerada como ínsita à atuação funcional do Ministério Público, como desdobramento da “teoria do diálogo das fontes”, ou se poderia ser introduzida por ato regulamentar.

Palavras-chave: Acordo de não persecução cível. Consensualidade. Diálogo das fontes. Independência funcional. Promotor Natural.

1. Aspectos introdutórios do acordo de não persecução cível

Desdobramento natural da crescente percepção de que a consensualidade deve ser não só admitida como estimulada pelas estruturas estatais de poder, inclusive, no âmbito do direito sancionador, a Lei nº 13.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime, introduziu em nossa ordem jurídica, mais especificamente na Lei nº 8.429/1992, o denominado “*acordo de não persecução cível*”, que veio a ser detalhado pela Lei nº 14.230/2021.

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

A origem dessas mudanças remonta à iniciativa do Presidente da Câmara dos Deputados que, em ato de 22 de janeiro de 2018 (Diário da Câmara dos Deputados de 23/02/2018, p. 9), instituiu uma Comissão de Juristas com o objetivo de apresentar anteprojeto de alteração da Lei nº 8.429/1992. O trabalho da Comissão, que teve a honra de integrar¹, foi forjado a partir de diversas discussões e com inúmeras audiências públicas, contando com ampla divulgação e sendo entregue ao Presidente da Câmara dos Deputados na primeira quinzena de julho de 2018, dando origem ao PL nº 10.887, apresentado pelo Deputado Roberto de Lucena (Poder-SP) em 17 de outubro de 2018.

A Comissão buscou incorporar à Lei nº 8.429/1992 a jurisprudência sedimentada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, além de formular outras propostas, entre as quais se destacam: (a) o fim da figura culposa do art. 10; (b) a revogação do art. 10-A, sendo incorporado ao art. 10; (c) a não configuração da improbidade na hipótese de interpretação razoável de lei, regulamento ou contrato; (d) a cominação da sanção de cassação da aposentadoria; (e) o maior detalhamento da sistemática afeta às sanções, sendo previstas regras sobre a continuidade do ilícito, além de inabilitação para o exercício de outra função pública no período indicado; (f) uniformização do prazo de prescrição em 10 anos, contados a partir do fato; (g) maior detalhamento da parte processual; (h) eliminação da fase prévia; (i) possibilidade de afastamento cautelar para evitar a iminente prática de novos ilícitos; (j) a legitimidade privativa do Ministério Público para ajuizar a ação e (k) a introdução do acordo de não persecução cível.

Como membro da comissão, fui o autor da proposta do denominado “acordo de não persecução cível”. A designação que atribuí ao instituto encontrou inspiração no acordo de não persecução penal, que fora inserido na ordem jurídica brasileira, pouco menos de um ano antes, pelo Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução nº 181/2017). Não o denominei de “acordo de não persecução administrativa” por estarmos no âmbito do direito sancionador cível, não na esfera do direito sancionador administrativo². A proposta inicialmente apresentada à Comissão somente previa o seu uso como instrumento da consensualidade de colaboração, na qual o agente deve oferecer algo ao Poder Público para que o ajuste seja celebrado (v.g.: informações sobre os demais autores do ilícito), o que logo evoluiu para abranger, igualmente, a consensualidade de pura reprimenda, na qual não há essa exigência. Outra preocupação que me direcionou, devidamente recepcionada pela Comissão, foi a de assegurar a unidade do Ministério Público, exigindo-se a aprovação do acordo pelo órgão com atribuição para arquivar o inquérito civil, Conselho Superior ou Câmara de Revisão, com posterior homologação judicial. Esta última exigência era compatível com a natureza das sanções cominadas ao ato de improbidade, com

¹ A comissão teve como membros o Ministro Mauro Campbell (presidente), Cassio Scarpinella Bueno, Emerson Garcia, Fabiano da Rosa Tesolin, Fábio Bastos Stica, Marçal Justen Filho, Mauro Roberto Gomes de Mattos, Ney Bello (relator), Rodrigo Mudrovitsch e Sérgio Cruz Arenhart.

² Para a melhor compreensão dos distintos ramos do direito sancionador, vide, de nossa autoria: O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não persecução cível: alguns pontos. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça Consensual*. Acordos criminais, cíveis e administrativos. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 733.

destaque para a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, as quais somente se tornam operativas com o trânsito em julgado da sentença condenatória, como, principalmente, em razão de o sistema brasileiro adotar o padrão de o órgão competente para aplicar as sanções também ser competente para homologar o acordo que lhes diga respeito. Registre-se que o primeiro ato normativo a utilizar do instituto cuja criação propus foi o Provimento nº 58, de 14 de setembro de 2018, do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, embora o tenha feito de forma mesclada com o compromisso de ajustamento de conduta. Eis o teor do *caput* do seu art. 5º: “o Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, mediante tomada de Compromisso de Ajustamento de Conduta ou por intermédio de Termo de Composição Extrajudicial”. Apesar disso, previa expressamente a sua homologação judicial (arts. 8º a 10).

Ainda em relação à consensualidade no âmbito da improbidade administrativa, que era vedada pelo art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992, o Poder Executivo, pouco tempo após a conclusão dos trabalhos da Comissão, mais especificamente em 19 de fevereiro de 2019, apresentou o PL nº 882/2019, parte do denominado “Pacote Anticrime”. Em seu art. 6º, alterava o § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 para dispor que “a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de que trata este artigo poderão ser celebradas por meio de acordo de colaboração ou de leniência, de termo de ajustamento de conduta ou de termo de cessação de conduta, com aplicação, no que couber, das regras previstas na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013”. Como se constata, o preceito carecia de rigor científico no traço dos institutos mencionados. Eram aglutinados instrumentos com funcionalidades bem distintas, como o termo de ajustamento de conduta, utilizado na tutela coletiva em geral, e diversos outros próprios do direito sancionador, com a peculiaridade de que os últimos eram afetos não só à área cível como também ao direito penal e ao direito sancionador administrativo. Não bastasse isto, era prevista a observância de normas substancialmente distintas entre si: a Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), que conferia legitimidade ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia para a celebração dos acordos de colaboração, exigindo homologação judicial; já a Lei nº 12.846/2013 (Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas) somente previa, de modo expreso, a legitimidade da pessoa jurídica lesada, sendo que o acordo não carece de homologação judicial. Como se constata, a referência conjunta a institutos tão distintos entre si mais confundia que esclarecia.

O Congresso Nacional, talvez influenciado pela constatação anterior, terminou por utilizar o texto elaborado pela Comissão na redação a ser atribuída ao novel art. 17-A da Lei nº 8.429/1992. A aprovação se deu no âmbito do substitutivo ao PL nº 10.372/2018, de autoria dos Deputados José Rocha (PR-BA) e outros, adotado pelo relator da Comissão Especial instaurada para apreciar a matéria. Ao receber o PL nº 6.341/2019, numeração que lhe foi atribuída no âmbito do Senado Federal, e que deu origem à Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), o Presidente da República vetou, entre outros preceitos, o art. 17-A, sob o argumento de ser incongruente a atribuição de

legitimidade privativa ao Ministério Público para a celebração do acordo, embora a Fazenda Pública tivesse legitimidade disjuntiva e concorrente para o ajuizamento da ação civil. O argumento era correto. Passou despercebido, nos debates legislativos, que a legitimidade privativa atribuída ao Ministério Público, no texto aprovado pela Comissão, para a celebração do acordo, estava associada à proposta de legitimidade privativa para o ajuizamento da ação. Prever a primeira, dissociada da segunda, era realmente incongruente³.

Com o veto ao art. 17-A, remanesceram apenas as alterações promovidas, pela Lei nº 13.964/2019, nos §§ 1º e 10-A do art. 17 da Lei nº 8.429/1992: de acordo com o primeiro dispositivo, “as ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei”; o segundo, por sua vez, dispõe que, “havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias”. A introdução da consensualidade no âmbito da improbidade administrativa foi, sem sobra de dúvidas, uma grande inovação, embora o veto ao art. 17-A tenha acarretado algumas dificuldades hermenêuticas a respeito dos balizamentos a serem observados.

Após regular tramitação, o PL nº 10.887/2018, originado do anteprojeto elaborado pela Comissão e que foi objeto de amplas modificações no âmbito do Poder Legislativo, resultou na Lei nº 14.230/2021, que deu azo a uma “Nova Lei de Improbidade Administrativa”. Com isso, foi inserido um art. 17-B na Lei nº 8.429/1992, que detalhou o procedimento a ser observado para a celebração do acordo de não persecução cível.

QUADRO COMPARATIVO

Proposta que apresentei à Comissão	Texto aprovado pela Comissão	Texto introduzido pela Lei nº 14.230/2021
Art. O Ministério Público poderá celebrar acordo de não persecução cível com aquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo cível, desde	Art. 17-A O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados	Art. 17-B O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados:

³ Essa incongruência voltou a se manifestar no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que, em decisão monocrática proferida em sede de cognição sumária, realizou interpretação conforme à Constituição do *caput* e dos §§ 6º-A, 10-C e 14 do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, para manter a legitimidade disjuntiva e concorrente entre a Fazenda Pública e o Ministério Público para o ajuizamento da ação por ato de improbidade (ADI nº 7.042 e 7.043, rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão de 17/02/2022). Embora tenha sido pedida, não foi deferida a medida cautelar para que a legitimidade disjuntiva fosse estendida à celebração dos acordos de não persecução cível.

Acordo de não persecução cível: a negativa de celebração é suscetível de revisão?

Proposta que apresentei à Comissão	Texto aprovado pela Comissão	Texto introduzido pela Lei nº 14.230/2021
<p>que dessa colaboração, conforme as circunstâncias do caso concreto, advenham os seguintes resultados:</p> <p>I – o integral ressarcimento do dano;</p> <p>II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;</p> <p>§ 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.</p> <p>§ 2º O acordo deve estipular o pagamento de multa, vedada a sua fixação em patamar inferior a 20% do máximo cominado para o ato praticado e, eventualmente, as demais sanções com delimitação temporal, que não devem ser fixadas em patamar inferior a 50% do máximo cominado.</p>	<p>I – o integral ressarcimento do dano;</p> <p>II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;</p> <p>III – o pagamento de multa.</p> <p>§ 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.</p> <p>§ 2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.</p>	<p>I - o integral ressarcimento do dano;</p> <p>II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.</p> <p>§ 2º Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o <i>caput</i> deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso.</p> <p>§ 4º O acordo a que se refere o <i>caput</i> deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória.</p>

Proposta que apresentei à Comissão	Texto aprovado pela Comissão	Texto introduzido pela Lei nº 14.230/2021
<p>§ 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.</p>	<p>§ 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.</p>	<p>§ 5º As negociações para a celebração do acordo a que se refere o <i>caput</i> deste artigo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor.</p>
<p>§ 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.</p>	<p>§ 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.</p>	<p>§ 1º A celebração do acordo a que se refere o <i>caput</i> deste artigo dependerá, cumulativamente:</p>
<p>§ 5º Cumprido o disposto no parágrafo anterior, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação, que poderá negar-se a fazê-lo em sendo detectado vício de forma.</p>	<p>§ 5º Cumprido o disposto no parágrafo anterior, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.</p>	<p>I - da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação;</p>
		<p>II - de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação;</p>
		<p>III - de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa.</p>
		<p>§ 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.</p>

Acordo de não persecução cível: a negativa de celebração é suscetível de revisão?

Proposta que apresentei à Comissão	Texto aprovado pela Comissão	Texto introduzido pela Lei nº 14.230/2021
		<p>§ 6º O acordo a que se refere o <i>caput</i> deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas.</p> <p>§ 7º Em caso de descumprimento do acordo a que se refere o <i>caput</i> deste artigo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento.”</p>

Como se constata, em nenhum momento, mesmo em relação aos trabalhos preparatórios, o art. 17-B da Lei nº 8.429/1992 estabelece uma instância revisora na hipótese de negativa do órgão de execução do Ministério Público em celebrar o acordo de não persecução cível. Com os olhos voltados a essa constatação, o objetivo de nossas breves reflexões é o de oferecer respostas a três questionamentos: I) A existência de uma instância revisora está ínsita na atuação funcional do Ministério Público? II) O “diálogo das fontes” autoriza a revisão com base em normas de outra instância de responsabilização? III) A instância revisora pode ser instituída por ato regulamentar? Para tanto, é adotado o viés metodológico da pesquisa normativa e bibliográfica, de modo a delinear conceitos e institutos que direcionarão a estruturação dessas respostas.

2. A existência de uma instância revisora, na negativa de celebração do acordo, está ínsita na atuação funcional do Ministério Público?

Fruto da aguçada percepção de Otto Gierke, há muito está sedimentada na doutrina administrativista a concepção de que os órgãos são centros de competência, ocupados por agentes públicos, que se destinam ao cumprimento das atividades finalísticas do Estado. O órgão, assim, tem duas características essenciais: a institucional (*institutionelle*), indicando a sua integração à estrutura administrativa, e a funcional (*funktionelle*), apontando para as competências que está legalmente autorizado a exercer⁴. Não pode haver conduta estatal sem competência. Estrutura orgânica e competência são como o corpo e a alma, não sendo possível conceber a existência de um desacompanhado do outro. Competência, assim, não é mero fator agregado e secundário ao órgão, mas a sua própria identidade. Em um Estado de Direito, a competência há de encontrar sustentação no referencial mais amplo de juridicidade, não podendo ser colhida no imaginário, individual ou coletivo.

Com os olhos voltados ao Ministério Público, tanto as atribuições da Instituição como as de seus órgãos de execução devem estar previstas em normas jurídicas. Por outro lado, para responder ao questionamento que inaugura este tópico, é imprescindível compreendermos o alcance da garantia da independência funcional e o objetivo a ser alcançado com o princípio do Promotor Natural.

A independência funcional, em suas linhas gerais, busca assegurar ao Ministério Público o exercício independente de suas relevantes funções, possibilitando uma proteção adequada contra as retaliações que seus membros certamente sofreriam sempre que contrariassem os detentores do poder, político ou econômico, ou mesmo aqueles adeptos ao tráfico de influências. De acordo com esse princípio, aos membros do Ministério Público são direcionadas duas garantias vitais ao pleno exercício de suas funções: a) podem atuar livremente, somente rendendo obediência à sua consciência e à ordem jurídica, não estando vinculados às recomendações expedidas pelos órgãos superiores da Instituição em matérias relacionadas ao exercício de suas atribuições institucionais, de modo que o seu juízo de valor deve preponderar; b) não podem ser responsabilizados pelos atos que praticarem no estrito exercício de suas funções, gozando de total independência para exercê-las em busca da consecução dos fins inerentes à atuação ministerial. A independência funcional dos membros do Ministério Público recebeu especial atenção do Constituinte originário, o qual, além de consagrá-la no art. 127, § 1º, considerou crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos que atentem contra o livre exercício do Ministério Público (art. 85, II).

O princípio do Promotor Natural indica que somente o membro do Ministério Público com atribuição, observados critérios abstratos e pré-estabelecidos em lei, deve atuar em um caso concreto. Trata-se de princípio implícito no texto constitucional e que deflui das garantias da inamovibilidade dos membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, b), da independência funcional desses agentes (art. 127, parágrafo único),

⁴ Cf. MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 17ª ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009, p. 527-528.

do devido processo legal (art. 5º, LIV) e do direito de somente ser processado pela autoridade competente (art. 5º, LIII). Em um primeiro momento, analisando unicamente o texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a eficácia imediata do princípio, prevalecendo o entendimento de que demandaria integração legislativa.⁵ Com a promulgação da Lei nº 8.625/1993 e da Lei Complementar nº 75/1993, o Tribunal passou a reconhecer a eficácia do princípio.⁶ Ato contínuo, verificou-se uma ligeira vaga de refluxo, na qual chegou-se a afirmar a incompatibilidade do princípio com os princípios institucionais do Ministério Público.⁷ A vaga de refluxo, no entanto, logo foi superada, sendo reconhecido que o princípio é realmente extraído da ordem jurídica brasileira e que a sua funcionalidade é a de proteger o indivíduo contra o arbítrio. Indica a proscição do “acusador de exceção”, considerado como tal aquele designado à margem dos balizamentos estabelecidos pela ordem jurídica⁸.

A partir dessas considerações introdutórias, já é possível afirmar que somente o membro do Ministério Público cuja atribuição esteja prevista na ordem jurídica pode atuar em um caso concreto. Além disso, os juízos de valor que venha a formar são protegidos pela garantia da independência funcional, o que significa dizer que não podem sofrer a influência de outros agentes, pertençam, ou não, ao Ministério Público. Exercer as atribuições afetas a outro órgão do Ministério Público ou alterar o teor de ato já praticado, o que é rotineiro no âmbito da Administração Pública em geral, regida que é pelo princípio hierárquico, caracteriza severa afronta ao princípio do Promotor Natural.

Para que o ato praticado por um órgão de execução possa ser revisto por outro, é necessário que essa atribuição seja criada, reiniciando-se o ciclo protetivo acima referido, de modo que haja a incidência da garantia da independência funcional e do princípio do Promotor Natural em relação à atuação do órgão revisor. É o que se verifica, por exemplo, na necessidade de homologação da promoção de arquivamento do

⁵ STF, Pleno, HC n. 67.759/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. em 06/08/1992, DJU de 01/07/1993. No mesmo sentido: 2ª T., HC n. 68.966/RJ, rel. p/ acórdão Min. Francisco Rezek, j. em 27/10/1992, DJU de 07/05/1993.

⁶ STF, Pleno, HC n. 69.599/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30.06.1993, DJU de 27/08/1993, p. 17.020. No mesmo sentido: STF, Pleno, HC n. 70.290/RJ, caso “Jogo do Bicho”, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 30/06/1993, Revista do MPRJ n. 10/291; 1ª T., HC n. 71.429/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. em 25/10/1994, DJU de 25/08/1995, p. 26.023; 2ª T., HC n. 77.723/RS, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 15/09/1998, DJU de 15/12/2000, p. 063; e 1ª T., RE n. 255.639-SC, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 13/02/2001, Inf. n. 217/2001.

⁷ STF, 1ª T., RE n. 387.974/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 14/10/2003, Inf. n. 326 e 328. Eis a base fática do acórdão: a partir de representação oferecida pelo Ministro Carlos Velloso, então Presidente do Tribunal e que teria sido ofendido em sua honra em depoimento prestado no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República designou o Procurador-Chefe da Procuradoria-Geral da República no Distrito Federal para atuar no caso. Impetrado *habeas corpus* contra essa designação, a ordem foi denegada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, interposto recurso ordinário, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, acolhendo a alegação de violação ao princípio do Promotor Natural, anulou o processo desde o ato ilegal de designação e determinou o retorno dos autos ao Ministério Público para distribuição aleatória. Ante a ausência de manifestação recursal do Ministério Público, o ofendido habilitou-se como assistente de acusação e interps recurso extraordinário, sustentando, em síntese, a inexistência do princípio do Promotor Natural.

⁸ Nesse sentido: 2ª T., HC n. 103.038/PA, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 11/10/2011, DJU de 27/10/2011; 1ª T., HC n. 95.447/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 19/10/2010, DJU de 17/11/2010; HC n. 96.700/PE, rel. Min. Eros Grau, j. em 17/03/2009, DJU de 14/08/2009.

inquérito civil pelo Conselho Superior (Lei nº 7.347/1985, art. 9º). Outro aspecto digno de nota é o de que essa possibilidade de revisão, quando adotada, está normalmente associada a um *non facere*, não a um *facere*. Em outras palavras, o seu objetivo não é o de obstar a atuação do Ministério Público, considerando a avaliação realizada pelo respectivo órgão de execução na adoção de medidas de proteção a determinado bem jurídico. O que se almeja é que esta atuação ocorra, o que pressupõe a revisão da negativa inicial.

Em resposta ao questionamento inaugural, é possível afirmar que a existência de uma instância revisora, na negativa de celebração do acordo de não persecução civil, não está insita na atuação funcional do Ministério Público.

3. O “diálogo das fontes” autoriza a revisão com base em normas afetas a outra instância de responsabilização?

A teoria do diálogo das fontes tem sua estruturação comumente atribuída ao germânico Erik Jayme⁹, que discorreu sobre a temática em seu *Curso Geral de Direito Internacional Privado*, isto com o objetivo de oferecer soluções adequadas para o conflito de normas no espaço a partir da identidade cultural do indivíduo, o que traz consigo uma base axiológica que não pode ser desconsiderada. Como já tivemos oportunidade de afirmar¹⁰, a coexistência de Estados soberanos, com a correlata presença de uma pluralidade de ordens jurídicas, exige sejam estabelecidos limites ao império de cada uma dessas ordens. O delineamento desses limites mostra-se imprescindível ao controle do seu potencial expansivo e à resolução dos conflitos que venham a eclodir entre as distintas ordens, sempre que ambas tenham a pretensão de incidir numa mesma esfera espacial.¹¹ Fala-se em conflito de leis no espaço quando uma dada situação jurídica esteja vinculada a mais de um Estado, sendo necessário escolher, entre as respectivas leis, aquela que será utilizada na sua regulação.¹² Conflitos dessa natureza decorrem da movimentação dos povos e da circulação de riquezas,¹³ ensejando o surgimento de dois questionamentos básicos: 1º) a jurisdição interna é competente para julgar o caso? 2º) positiva a resposta anterior, que direito será aplicável?¹⁴

Para oferecer uma resposta adequada a esses questionamentos, Erik Jaime avançou nos conflitos de nacionalidade; na situação dos refugiados quando confrontados com a lei nacional, na proteção das minorias nos conflitos inter-regionais; nos conflitos interpessoais e em questões extremamente variadas, a exemplo da

⁹ Cours general de droit international privé. In: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye em 1995*, tome 251. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 33-265.

¹⁰ Conflito entre Normas Constitucionais. Esboço de uma Teoria Geral. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 501.

¹¹ Cf. SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Traité de Droit Romain, Tome Huitième*. Trad. por GUENOUX, M. Ch. Paris: Firmin Didot Frères, Libraires, Imprimeurs de L'Institut, 1851, p. 6-7.

¹² Cf. LERBOURS-PIGEONNIÈRE, Paul; e LOUSSOUAM, Yvon. *Droit International Privé*. 9ª ed. Paris: Dalloz, 1970, p. 5.

¹³ Cf. LEFLAR, Robert A. *American Conflicts Law*. New York: The Bobbs Merrill Company, 1968, p. 13-14; e CASTEL, J.G. *Canadian Conflict of Laws*. Toronto: Butterworths, 1975, p. 1.

¹⁴ Cf. MORRIS, J. H. C. *The Conflict of Laws*. London: Steven and Sons Limited, 1971, p. 5; e LIPSTEINS, K., in *Dacey's Conflict of Laws*. 6ª ed. London: Stevens & Sons – Sweet & Maxwell, 1949, p. 2.

adoção internacional, da competência jurisdicional na área da infância e da juventude, bem como da proteção do patrimônio cultural nacional. Em sua construção, buscou demonstrar que os conflitos de normas que podem surgir entre os comandos de convenções multilaterais e aqueles dos sistemas nacionais devem ser resolvidos com a coordenação das duas fontes e, em se tratando de conflito entre convenções, a matéria é normalmente tratada no âmbito do direito internacional público, que costuma se socorrer da aplicação da lei mais favorável, devendo ainda ser aplicadas as convenções regionais, com destaque para o direito comunitário europeu, e o direito internacional privado¹⁵.

Ao se referir ao direito internacional privado pós-moderno, Erik Jayme assim externou sua compreensão a respeito do conceito de "diálogo das fontes": "*quando se fala em comunicação no direito internacional privado, o fenômeno mais importante é o fato de que a solução de conflitos de leis surge como resultado de um diálogo entre fontes que não se excluem mutuamente; eles 'falam' entre si. Os juízes são obrigados a coordenar essas fontes ouvindo o que elas dizem*".¹⁶ Na medida em que suas reflexões tinham por objeto o Direito Internacional Privado, não há qualquer dúvida de que a funcionalidade do "diálogo" era a de, tanto quanto possível, afastar ou mesmo amenizar o conflito entre normas emanadas de fontes distintas e independentes entre si, passíveis de serem aplicadas ao mesmo caso concreto. Sua construção está alicerçada na unidade do direito, o que significa dizer que os comandos normativos devem ser interpretados de modo sistêmico, em uma relação de contínua complementariedade. Antinomias, ao invés de serem solucionadas, passariam a ser evitadas. Para tanto, é necessário que as normas incidam em planos convergentes de natureza espaço-temporal, embora esses planos não sejam idênticos. Em outras palavras, estamos perante círculos normalmente secantes, não concêntricos.

A doutrina de Erik Jayme veio a ser utilizada, em nossa realidade, no âmbito da tutela de interesses difusos e coletivos, o que, longe de ser uma espécie de arbítrio metodológico, era uma atitude racional. Afinal, o diálogo das fontes tornou-se exigência necessária em uma quadra histórica pós-codificação, em que leis esparsas e microssistemas normativos coexistem na ordem jurídica, não raro incidindo de modo parcial e com regulamentação distinta sobre o mesmo objeto. A coexistência de normas de caráter geral com outras direcionadas a interesses específicos, a exemplo do patrimônio público, do meio ambiente, da cidade, da metrópole, da infância e da adolescência, do idoso, do consumidor, da pessoa com deficiência etc., falam por si. De qualquer modo, para que o diálogo exista, e isto foi bem percebido por Cláudia Lima Marques¹⁷, a principal difusora da construção de Erik Jaime em nossa realidade, é necessário que as normas sejam aplicadas ao mesmo tempo e no mesmo caso, seja em caráter complementar, seja subsidiário, devendo ser admitida a opção por uma

¹⁵ *Cours general de droit international privé...*, p. 82-83.

¹⁶ *Cours general de droit international privé...*, p. 259.

¹⁷ Manual de direito do consumidor. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada por BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; e BESSA, Leonardo Roscoe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 89-90.

delas, o que torna a solução flexível e aberta, possibilitando que sejam alcançados os referenciais de coerência sistêmica, justiça e igualdade material.

Essa construção teórica conquistou, de modo justo e merecido, grande aceitação em nossa realidade. Aliás, não poderia ser diferente. Assim se afirma por uma razão muito simples: a unidade e a coerência da ordem jurídica desde sempre são preconizadas pela teoria geral do direito. Luis Recaséns Siches¹⁸, por exemplo, escrevendo há pouco mais de meio século, ressaltava o caráter multiforme e dispar dos comandos jurídicos (leis, sentenças, contratos, costumes etc.), que têm "*origens diversas, hierarquias distintas, matérias diferentes, variados âmbitos de validade, qualidades díspares etc.*", não desautorizando a conclusão de que "*eles constituem uma totalidade, diríamos como orgânica, sistemática, desde o ponto de vista meramente formal, pois, se assim não fosse, não seria possível uma ordem jurídica positiva*".

Ocorre que a aceitação da teoria, com a vênua possível, parece estar avançando em searas estranhas à preservação da coerência sistêmica da ordem jurídica, sendo esta justamente a base de desenvolvimento da teoria em sua adaptação para o direito interno. Para que haja um diálogo entre as fontes, é necessário, acima de tudo, que elas estejam aptas a dialogar. De modo metafórico, é possível dizer que falantes do chinês não dialogam com falantes do árabe, ao menos não por meio da linguagem falada. Para que o diálogo seja possível, é necessário que se fale a "mesma língua". Para que fontes do direito possam dialogar, é necessário que haja um liame entre elas. E esse liame, convenientemente esquecido em algumas ocasiões, está presente com a potencial incidência, no mesmo plano espaço-temporal, de normas oriundas de fontes distintas. Em outras palavras, é necessário que essas normas possam alcançar, com sua hipótese de incidência, a mesma situação concreta. Portanto, não há possibilidade de diálogo entre fontes árabes e chinesas para a solução de uma questão puramente inglesa. Vale lembrar, com Arthur Kaufmann¹⁹, que "*fontes de direito em sentido próprio são apenas as normas que sejam determinantes para a decisão jurídica em face duma situação da vida*". Ora, normas que não se aplicam a uma dada situação da vida sequer serão consideradas, naquela situação em particular, fontes de direito.

Não há que se falar em diálogo das fontes para legitimar a arbitrária aplicação, a uma dada situação fática, de normas direcionadas a situações ontologicamente distintas. Obrar em contrário não teria qualquer correlação com os referenciais de convergência das fontes e complementariedade ou subsidiariedade na aplicação das normas a que dão origem. Aliás, a similitude entre as situações é o pano de fundo do clássico instituto da analogia, na qual ocorre a aplicação da norma jurídica a situações ordinariamente não alcançadas por ela, mas que ostentam uma identidade de razões em relação àquelas a que se dirige.²⁰ Trata-se de técnica de integração normativa cuja funcionalidade é dispensar tratamento igual àquilo que é igual,

¹⁸ *Introducción al Estudio del Derecho*. 14ª ed. México: Editorial Porrúa, 1970, p. 165-166.

¹⁹ *Filosofia do Direito (Rechtsphilosophie)*. Trad. de CORTÉS, António Ulisses. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 150.

²⁰ No conhecido brocardo romano: "*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*".

princípio essencial a qualquer concepção de Direito.²¹ Acresça-se a tradicional divisão entre “*analogia legal*” e “*analogia jurídica*”: a primeira consistiria na integração da lacuna com a aplicação de uma regra legal específica e, a segunda, com a aplicação dos princípios que regem o sistema²². A lacuna, no entanto, não se confunde com o silêncio eloquente²³, no qual se opta por um *minus* normativo em relação a certas situações quando cotejadas com outras.

O conhecido postulado da unidade da ordem jurídica, lugar comum na teoria do direito, é consequência lógica da conexão linguística e da coerência sistêmica que devem caracterizar todo e qualquer arcabouço normativo. Interpretar uma disposição normativa significa interpretar toda a ordem jurídica. Aliás, como ressaltado pelo Tribunal Constitucional Español, “*cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el sentido del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado*” (Sentença nº 150, de 4/10/1990). Integrar as normas de um ordenamento jurídico não significa dizer que umas podem ser aplicadas no lugar de outras ao sabor das conveniências do intérprete, a partir de uma visão particular de justiça e à margem de compartimentações realizadas pelo legislador democraticamente legitimado, a não ser que essas opções se mostrem inconstitucionais. A integração aponta para a compreensão das múltiplas facetas do ordenamento jurídico, que nada mais são que partes de um todo, apresentando funcionalidades e peculiaridades próprias, convergindo na disciplina do ambiente sociopolítico, aproximando-se ou distanciando-se conforme os objetivos a que se destinam. O corpo humano é um todo unitário, mas os olhos não podem exercer as funções dos ouvidos e estes as da boca, embora estejam todos necessariamente integrados entre si.

A construção da igualdade material, não se ignora, é um referencial de indiscutível relevância em qualquer ambiente sociopolítico. Apesar disso, em um Estado de Direito, tal há de ser alcançado com o amparo do direito, não com alicerce único e exclusivo no imaginário individual. Situações de igualdade formal e de igualdade material estão normalmente articuladas com posições opostas aos valores que apregoam. Nos Estados contemporâneos, não é incomum constatarmos a presença, no plano jurídico, de uma igualdade formal, e, no plano fático, de uma flagrante desigualdade material. Iguais na lei, desiguais na realidade. Por outro lado, presente a preocupação com a igualdade material, será ela inevitavelmente

²¹ Cf. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*). Trad. de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 531.

²² Cf. BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7ª ed. Rio: Livraria Francisco Alves, 1955, p. 35.

²³ A temática do “silêncio eloquente” (*beredtes Schweigen*) tem sido objeto de amplos e diversificados estudos na literatura alemã: na interpretação bíblica (vide Jürgen Ebach. *Beredtes Schweigen. Exegetisch-Literarische Beobachtungen zu einer Kommunikationform in biblischen Texten*. Deutschland: Gütersloher Verlagshaus, 2014); na arte (vide Stefan Greif. *Die malerei kann ein sehr beredtes Schweigen haben: Beschreibungskunst und Bildästhetik der Dichter*. Deutschland: Fink, 1999); na técnica literária (vide Uwe Ruberg. *Beredtes Schweigen: In Lehrhafter und erzählender Deutscher Literatur des Mittelalters*. Deutschland: Fink, 1978); e Stefan Krammer. “*redest nicht von Schweigen...*” zu *Einer semiotik des Schweigens in dramatischen werk Thomas Bernards*. Würzburg: Königshansen & Neumann, 2003, principalmente p. 31 e ss.); no Direito (Stefhan Madaus. *Der Insolvenzplan: von seiner dogmatische deutune als vertrag und seiner fortentwicklung in eine Bestätigungsinsolvenz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, principalmente p. 248 e s.) etc.

acompanhada de uma desigualdade formal, já que a lei veiculará discriminações positivas com o objetivo de atenuar a real posição de inferioridade de certos grupos. É o que os anglo-americanos denominam de “reverse discrimination” e os alemães de “umgekehrter Diskriminierung”, indicando o favorecimento dos membros de um grupo historicamente inferiorizado, o que normalmente se dá às expensas ou em detrimento de grupos que, nesse contexto histórico, ocupam uma posição de preeminência.²⁴ Desiguais na lei, tendencialmente iguais na realidade. Fala-se em tendencialmente iguais na medida em que a lei, ainda que sistêmica e finalisticamente imbuída dos melhores propósitos, normalmente só terá êxito na atenuação das diferenças, não na sua total supressão.

Aqueles que almejam fazer do diálogo das fontes o lenitivo para todos os males, normalmente se socorrem de algum traço comum entre as situações fáticas, ainda que tenham natureza substancialmente distinta. A partir daí, invocam um referencial de justiça, que normalmente tangencia a concepção de igualdade material, na tentativa de legitimar a sua escolha. As tentativas de manipulação da teoria do diálogo das fontes, de modo a legitimar o arbítrio do intérprete na própria ordem jurídica, traz à lembrança a escola do “direito livre”, que realçava a liberdade do intérprete em se distanciar do direito legislado, por não ser a fonte exclusiva do direito, sempre que as necessidades sociais o exigissem. Como ressaltado por Arthur Kaufmann,²⁵ “Freirecht” significa “livre da lei” (“frei vom Gesetz”). O cerne dessa teoria se situava no reconhecimento de que o direito era um fenômeno social e que nem sempre o direito positivo conseguia acompanhar as vicissitudes do ambiente sociopolítico. Kantorowicz adotava uma postura mais extremada, entendendo que acima do direito legislado estava o “direito vivo do povo”, o “direito justo”, que deveria ser apreendido na realidade social e aplicado às situações litigiosas, preterindo o “direito” que se distanciasse das aspirações de justiça próprias da sociedade.²⁶ O justo seria alcançado no plano concreto, recebendo grande influência emotiva e se mostrando insuscetível a um efetivo controle de racionalidade. Ehrlich²⁷, por sua vez, desenvolveu uma construção mais moderada, entendendo que o juiz somente teria liberdade para criar a norma adequada ao caso quando o texto da lei não oferecesse uma solução. Com isso, afasta-se dos dogmas do positivismo neutral e busca valorizar a própria *ratio essendi* do direito, vale dizer, o comprometimento com o bem estar social, permitindo a sua união aos padrões

²⁴ Cf. STARCK, Christian e SCHIMIDT, Thorsten Ingo. *Staatsrecht*. 2ª ed. München: Verlag C.H. Beck München, 2008, p. 150-151; e BIDART CAMPOS, German J. *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, 5ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 535.

²⁵ *Problemggeschichte der Rechtsphilosophie*. In: ELLSCHEID, Günter. *Strukturen naturrechtlichen*. In: HASEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid; KAUFMANN, Arthur. *Einführung in Rechtstheorie der Gegenwart*. 7. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2004. p. 26 (120).

²⁶ De acordo com Kantorowicz, um dos ideais do direito livre seria a justiça, com especial deferência à liberdade e à personalidade (*La lucha por la ciencia del derecho*). In: GOLDSCHMIDT, Werner. *La ciencia del derecho*: Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 325 (367-369).

²⁷ *I fondamenti della sociologia del diritto (Grundlegung der Soziologie des Rechts)*. Trad. de Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè, 1976, p. 9 e ss.

ético-comportamentais predominantes no ambiente sociopolítico²⁸. Tanto o direito livre como o direito estatal exerceriam influência sobre a sociedade: o primeiro de modo espontâneo, o segundo com o auxílio da coerção.^{29, 30}

A partir dessas considerações, concluímos pela impossibilidade de se utilizar a “teoria do diálogo entre as fontes” para se legitimar a aplicação das normas afetas à recusa de celebração do acordo de não persecução penal, também disciplinado pela Lei nº 13.964/2019, ao acordo de não persecução cível. Trata-se do § 14 do art. 28-A do Código de Processo Penal, que tem a seguinte redação: “no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”. A impossibilidade decorre de cinco razões básicas: (1ª) o preceito é direcionado à instância de responsabilização de natureza penal, enquanto a improbidade administrativa está integrada à instância cível; (2ª) o direito brasileiro adota o sistema de independência entre as instâncias, que somente se comunicam entre si nos estreitos limites estabelecidos pela ordem jurídica, o que não é o caso; (3ª) normas afetas ao processo penal não apresentam uma convergência, no plano espaço-temporal, com normas do processo civil ou do processo administrativo, de modo que todas incidam, simultaneamente, sobre a mesma situação concreta; (4ª) a ausência de instância revisora decorre de um silêncio eloquente, não de uma lacuna normativa, o que é facilmente constatado ao observarmos que ambos os acordos, o penal e o cível, foram introduzidos pela Lei nº 13.964/2019, que somente previu a revisão em relação ao primeiro; e (5ª) a negativa de celebração de acordos, no âmbito da tutela dos interesses difusos, não conta, historicamente, com uma instância de revisão.

4. A instância revisora pode ser instituída por ato regulamentar?

As atribuições do Ministério Público, a exemplo do que se verifica com a generalidade das estruturas estatais de poder, devem estar previstas em lei. Considerando o objeto de nossas reflexões, a lei pode ser vista como o elemento pendular que, de um lado, inaugura as atribuições do órgão de execução, permitindo que a independência funcional se torne operativa com toda a sua força e intensidade e, de outro, pode criar uma instância revisora para os atos praticados, afastando a definitividade do juízo de valor anteriormente realizado com base na independência funcional.

²⁸ Para maior desenvolvimento do tema, vide, de nossa autoria: Interpretação Constitucional: a resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo: Atlas, 2015, p. 466-488.

²⁹ KANTOROWICZ. *La lucha...*, p. 325 (335).

³⁰ Na realidade brasileira, a exemplo do que se verifica em diversos outros Estados de Direito, são encontradas versões da concepção sociológica de Kantorowicz e Ehrlich, como o “direito achado na rua” (DE SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Ideias para a cidadania e para a justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008) e o “direito alternativo” (BUENO DE CARVALHO, Amilton. *Direito alternativo em movimento*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005), em que se preconiza uma justiça democrática radical, com intenso debate entre órgãos jurisdicionais e população, ainda que sejam alcançadas soluções à margem dos balizamentos oferecidos pelo Legislativo.

Não há possibilidade, ao menos não de acordo com a ordem jurídica, de serem criadas instâncias revisoras por intermédio de ato regulamentar. A clássica funcionalidade dos regulamentos, a de “*fiel execução das leis*”, denota que o exercício do poder regulamentar encontra os seus limites naturais na lei. Não pode restringir ou ampliar o seu âmbito de eficácia, mas, apenas, assegurar a sua fiel execução. Ainda no Império, Pimenta Bueno³¹ advertia que o Poder Executivo tem atribuição para executar, e não fazer a lei. Há nítida violação a esse dogma quando o regulamento cria direitos ou obrigações novas, não derivados, portanto, da interpretação da lei, o que importa em usurpação da competência legislativa. Cria-se, com isso, um legislativo dual e sequencial, vale dizer, o primeiro faz, o segundo aperfeiçoa. Não pode, pelas mesmas razões, ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações previstos em lei. Caso o faça, modifica a lei à margem do processo legislativo. Se ordena ou proíbe o que a lei não ordena ou não proíbe, ainda que sob o argumento de suprir as suas lacunas, ultrapassa o terreno da execução, que há de ser mero desdobramento dos comandos legais. O regulamento, de fato, inova, mas inova, apenas, ao esmiuçar os comandos legais, aclarando o modo de executá-los. Desenvolve o direito, de modo a “*torná-lo o mais possível aplicável*”.³² Essa conclusão não é afastada mesmo em relação ao Conselho Nacional do Ministério Público, o qual, no exercício da competência a que se refere o art. 130-A, § 2º, I, da Constituição de 1988, somente pode editar atos regulamentares, não editar leis. O fato de estarmos perante um “*poder normativo primário*”, por ser auferido diretamente da Constituição, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal (ADC nº 12, que tinha por objeto a proscrição do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário), não o nivelou nem poderia nivelá-lo à lei. Afinal, estamos em um Estado Democrático de Direito, no qual a ordem constitucional previu que as distintas funções afetas ao Ministério Público e aos seus membros seriam delineadas em lei.

Apesar dessa constatação, o que se verifica é uma pródiga produção normativa no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público. Verifica-se, ainda, grande dificuldade no delineamento de limites para o exercício do poder regulamentar. Ao interpretar o inciso I do § 2º do art. 130-A da Constituição de 1988, o CNMP tem alcançado a conclusão de que a parte inicial do preceito (“zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público”) está dissociada da parte final (“podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”). Assim, ao invés de expedir atos regulamentares que reforcem a autonomia da Instituição, o CNMP, em algumas ocasiões, tem caminhado em norte contrário, substituindo-se às Instituições controladas no exercício de juízos valorativos característicos dessa autonomia, o que tem ensejado o surgimento de algumas contradições lógicas no sistema. Esses atos regulamentares, regra geral, não têm incursionado no âmbito funcional.

³¹ Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 233.

³² Cf. CARRAZA, Roque Antonio. *O regulamento no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 67.

Acordo de não persecução cível: a negativa de celebração é suscetível de revisão?

O Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução CNMP nº 126, de 29 de julho de 2015, que inseriu na Resolução CNMP nº 23, de 17 de setembro de 2007, um art. 9º-A com o seguinte teor:

Art. 9º-A Após a instauração do inquérito civil ou do procedimento preparatório, quando o membro que o preside concluir ser atribuição de outro Ministério Público, este deverá submeter sua decisão ao referendo do órgão de revisão competente, no prazo de 3 (três) dias.

De acordo com essa regra, o membro do Ministério Público que concluir que a Instituição não deve atuar em determinada situação, *munus* que recairia sobre agente vinculado a outro ramo, deve submeter o seu juízo de valor ao “*órgão de revisão competente*”. Esse órgão, considerando os objetivos da referida Resolução, é o Conselho Superior ou a Câmara de Revisão. Apesar da aparente inovação trazida pelo ato regulamentar, cremos que a revisão ali referida já decorre do próprio sistema. Em outras palavras, se os conflitos de atribuição no âmbito de cada Ministério Público são resolvidos por um órgão da Administração Superior, essa mesma estrutura deve poder reavaliar uma manifestação que entenda que o Ministério Público não deve atuar ou que outro ramo deve fazê-lo. Embora não haja hierarquia no plano funcional, o mesmo não pode ser dito no plano administrativo, seara na qual está integrada a alocação dos membros da Instituição e a adoção de medidas que assegurem o pleno exercício de suas atividades laborativas.

Ainda que o referido poder de revisão já decorresse do sistema, a verdade é que, até então, não era exercido. Apesar disso, não creio que essa medida possa ser vista como uma inovação do Conselho Nacional do Ministério Público, salvo, obviamente, em relação ao órgão que deve realizar essa revisão, que deveria ser o mesmo que declara as atribuições dos órgãos de execução.

A exigência de previsão legal para a criação de uma instância de revisão decorre, como dissemos, da necessidade de que as competências de um órgão estejam alicerçadas em previsão legal. Especificamente em relação ao Ministério Público, essa instância terminará por comprimir a liberdade valorativa do órgão de origem, que deixará de ser definitiva e passará a ser provisória, o que exige grande parcimônia na sua previsão, sob pena de colocar em risco a garantia da independência funcional e, em última *ratio*, o princípio do Promotor Natural, já que qualquer manifestação poderia ser casuisticamente revista, daí surgindo o risco de que interesses menos nobres passassem a ser privilegiados.

Epílogo

A negativa de celebração do acordo de não persecução cível, previsto no art. 17-B da Lei nº 8.429/1992, inserido pela Lei nº 14.230/2021, à mingua de lei que o preveja, não é suscetível de revisão por órgão da Administração Superior do Ministério

Público. Trata-se de verdadeiro silêncio eloquente, insuscetível de preenchimento com o uso da analogia, e que não pode ser contornado com a criação dessa instância de revisão por meio de ato regulamentar, ou mesmo com a invocação da "teoria do diálogo entre as fontes", já que esta última pressupõe uma pluralidade de normas potencialmente incidentes sobre o mesmo objeto, não legitimando a aplicação de normas direcionadas a objetivo diverso, estranho ao objeto analisado.

Referências

BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 7ª ed. Rio: Livraria Francisco Alves, 1955.

BIDART CAMPOS, German J. *Manual de la Constitucion Reformada*, Tomo I, 5ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2006.

CARRAZA, Roque Antonio. *O regulamento no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito alternativo em movimento*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTEL, J.G. *Canadian Conflict of Laws*. Toronto: Butterworths, 1975.

EBACH, Jürgen. *Beredtes Schweigen. Exegetisch-Literarische Beobachtungen zu einer kommunikationform in biblischen Texten*. Deutschland: Gütersloher Verlagshaus, 2014.

ERLICH, Eugen. *I fondamenti della sociologia del diritto (Grundlegung der Soziologie des Rechts)*. Trad. de Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè, 1976.

GARCIA, Emerson. O direito sancionador brasileiro e a homologação judicial do acordo de não perseguição cível: alguns pontos. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça Consensual. Acordos criminais, cíveis e administrativos*. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 733.

_____. *Conflito entre Normas Constitucionais. Esboço de uma Teoria Geral*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Interpretação Constitucional: a resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GREIF, Stefan. Die malerei kann ein sehr beredtes Schweigen haben: *Beschreibungskunst und Bildästhetik der Dickter*. Deutschland: Fink, 1999.

JAIME, Erik. Cours general de droit international privé. In: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye em 1995*, tome 251. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 33-265.

KANTOROWICZ, Ernst. La lucha por la ciencia del derecho. In: GOLDSCHMIDT, Werner. *La ciencia del derecho*: Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 325.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito (Rechtsphilosophie)*. Trad. de CORTÉS, António Ulisses. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

_____. Problemgeschichte der Rechtsphilosophie. In: ELLSCHEID, Günter. *Strukturen naturrechtlichen*. In: HASEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid; KAUFMANN, Arthur. *Einführung in Rechtstheorie der Gegenwart*. 7. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2004. p. 26.

KRAMMER, Stefan. "redest nicht von Schweigen..." zu Einer semiotik des Schweigens in dramatischen werk Thomas Bernards. Würzburg: Königshansen & Neumann, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito (Methodenlehre der Rechtswissenschaft)*. Trad. de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEFLAR, Robert A. *American Conflicts Law*. New York: The Bobbs Merrill Company, 1968.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paul; e LOUSSOUAM, Yvon. *Droit International Privé*. 9ª ed. Paris: Dalloz, 1970.

LIPSTEINS, K., in *Dicey's Conflict of Laws*. 6ª ed. London: Stevens & Sons – Sweet & Maxwell, 1949.

MADAUS, Stefan. *Der Insolvenzplan: von seiner dogmatische deutune als vertrag und seiner fortentwicklung in eine Bestätigunginsolvenz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada por BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; e BESSA, Leonardo Roscoe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 17ª ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009.

MORRIS, J. H. C.. *The Conflict of Laws*. London: Steven and Sons Limited, 1971.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*. 14ª ed. México: Editorial Porrúa, 1970.

RUBERG, Uwe. *Beredtes Schweigen: In Lehrhafter und erzählender Deutscher Literatur des Mittelalters*. Deutschland: Fink, 1978.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Traité de Droit Romain, Tome Huitième*. Trad. por GUENOUX, M. Ch. Paris: Firmin Didot Frères, Libraires, Imprimeurs de L'Institut, 1851.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *Ideias para a cidadania e para a justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

STARCK, Christian e SCHIMIDT, Thorsten Ingo. *Staatsrecht*. 2ª ed. München: Verlag C.H. Beck München, 2008.



DIREITO
ROMANO

A “crise da justiça” para a responsabilização por atos de improbidade administrativa e o Acordo de Não Persecução Cível como instrumento alternativo de tutela do patrimônio público pelo Ministério Público

Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis*

Sumário

1. Introdução. 2. A fundamentalidade do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança pública e o seu microssistema de tutela. 3. “Crise da justiça”: ineficácia da atuação jurisdicional do Ministério Público contra os atos de improbidade administrativa. 4. O Acordo de Não Persecução Cível – ANPC e seus aspectos teóricos: histórico normativo, natureza jurídica e conteúdo genérico. 5. Alguns aspectos práticos do ANPC: conteúdo específico; legitimidade; homologação; descumprimento e execução. 6. Considerações finais. Referências.

Resumo

O artigo pretende, a partir da premissa da fundamentalidade do patrimônio público, da moralidade administrativa e do direito à boa governança pública, realizar uma breve análise crítica e empírica da ineficácia da atuação eminentemente repressiva e jurisdicional do Ministério Público na responsabilização por atos de improbidade administrativa para fundamentar a priorização da atuação resolutiva e consensual-sancionatória, por meio alternativo do Acordo de Não Persecução Cível, do qual serão apresentados alguns aspectos teóricos e práticos importantes.

Palavras-chave: Patrimônio público. Atuação. Ministério Público. Acordo de Não Persecução Cível. Teoria e prática.

Keywords: *Public property. Acting. Public Ministry. Civil Non-Prosecution Agreement. Theory and practice.*

* Doutorando em *Estado de Derecho y Gobernanza Global* pela Universidade de Salamanca. Mestre em *Estrategias Anticorrupción y Políticas de Integridad* pela Universidade de Salamanca e Universidade Federal de Goiás. Pós-Graduado em “Prevenção e Repressão à Corrupção: aspectos teóricos e práticos” pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduado em Direito Privado pela Universidade Cândido Medes. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Professor da FESMPMG - Fundação Escola Superior do MPMG e de cursos de Pós-Graduação. Membro do Grupo Coordenador do FUNEMP/MPMG - Fundo Especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Membro do IDASAN - Instituto de Direito Sancionador Brasileiro e Conselheiro Superior do INAC - Instituto Não Aceito Corrupção.

1. Introdução

No atual estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais e das estruturas e funcionamento do Ministério Público, é inconcebível que se perpetue um modelo tradicionalmente ineficaz de tutela desses direitos, especialmente na defesa do patrimônio público, da probidade administrativa e da boa governança pública.

A criação, o desenvolvimento e o controle de um sistema normativo que se preste à boa tutela desses direitos difusos deve levar em conta, inexoravelmente, a natureza jurídica humana e fundamental de seu objeto de tutela, a fim de propiciar aos seus destinatários sua máxima efetividade, por meio de medidas preventivas e repressivas que concretizem eficientemente o que foi estabelecido em seu epicentro que é a Constituição da República de 1988.

O modelo tradicional de tutela prioritariamente repressiva e jurisdicional do patrimônio público levado a efeito pelo Ministério Público, sob a égide da Lei de Improbidade Administrativa, embora impulsionado, até muito recentemente, pela inflexibilidade do princípio da obrigatoriedade e pela ausência de meios alternativos de resolução de conflito sancionador, é manifesto e empiricamente ineficaz, gerador do que nominamos *Crise da Justiça*.

Após diversas alterações normativas sobre o tema, veio a lume a redação do art. 17-B, incluído na Lei n. 8.429/92 pela entrada em vigor da Lei n. 14.230/21, de 25 de outubro de 2021, que resultou na consolidação definitiva do instituto do Acordo de Não Persecução Cível,¹ a ser celebrado entre o Ministério Público (e/ou a pessoa jurídica lesada)² e os autores e beneficiários dos atos de improbidade, com vistas à promoção da respectiva responsabilização, em alternativa à tradicionalmente ineficaz judicialização da pretensão sancionadora.

Em que pese a novidade da previsão legal expressa do ANPC, a nova LIA não estabeleceu balizas sancionadoras objetivas mínimas e suficientes para o instituto, gerando certa insegurança jurídica em sua compreensão e utilização, para o que seguem algumas linhas sobre seus aspectos teóricos e práticos, com vistas à promoção eficiente da tutela repressiva e preventiva ao patrimônio público por esse instrumento alternativo à judicialização.

¹ Registre-se que a Medida Provisória n. 703, editada em 18 de dezembro de 2015, revogou o parágrafo primeiro da Lei n. 8.429/92, que vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações respectivas, possibilitando-se, portanto, segundo parte da doutrina (v.g. Eduardo Cambi), a consensualidade, mesmo que sem balizas objetivas. Todavia, referido ato normativo perdeu eficácia, por sua não conversão em lei, conforme Ato Declaratório n. 27, de 31 de maio de 2016. Posteriormente, o art. 6º da Lei n. 13.964, de 4 de dezembro de 2019, instituiu o Acordo de Não Persecução Cível, com a inclusão do § 1º ao artigo 17 da LIA assim redigido: “§ 1º. As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei”, cuja vigência durou de 3 de janeiro de 2020 até 25 de outubro de 2021, data da entrada em vigor da Lei n. 14.230/21, que trouxe o art. 17-B ao texto da LIA, dispondo definitivamente sobre o ANPC.

² A legitimidade concorrente disjuntiva entre o MP e a pessoa jurídica interessada será tratada detidamente no item 5.

A “crise da justiça” para a responsabilização por atos de improbidade administrativa e o Acordo de Não Persecução Cível como instrumento alternativo de tutela do patrimônio público pelo Ministério Público

2. A fundamentalidade do patrimônio público, da moralidade administrativa e da boa governança pública e o seu microsistema de tutela

O principal fundamento da relevância de uma análise crítica e da hermenêutica eficiente das normas componentes de um sistema jurídico de tutela coletiva é a natureza jurídica do objeto protegido e suas repercussões metaindividuais. Em se tratando de direitos transindividuais constitucionalizados, especialmente do patrimônio público, a visão do intérprete sobre o campo normativo deve ser diferente, há de ser sistêmica e prover-lhe a máxima efetividade protetiva, sob pena de proteção deficiente e inutilidade jurídica.

Ao identificar sujeitos ativos e passivos dos atos de improbidade, descrever condutas típicas e a elas cominar sanções, a Lei de Improbidade Administrativa visa, eminentemente, à proteção eficiente do patrimônio público, da probidade administrativa e do direito fundamental à boa administração pública. Por maior que tenha sido o esforço de identificá-la como norma puramente sancionadora e nela se fazer constar clara preocupação com os direitos e garantias individuais dos investigados/condenados (v.g. art. 17-D), o intérprete não pode desconsiderar jamais que a finalidade primordial da LIA é, justamente, a proteção do patrimônio público, da probidade administrativa e da boa governança, mesmo porque, da própria sanção (cominada ou efetivamente aplicada) também decorrem indissociáveis efeitos preventivos.

A necessária evolução humana e as inúmeras transformações relacionais culminaram na consagração da existência societária e no surgimento do Estado como gestor da *res publica*, fundando-se, pois, a coletivização do patrimônio social, a bem comunitário, como consequência natural dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade coletiva, consagrados internamente em nosso texto constitucional, respectivamente, como fundamento e como objetivo fundamental da República.³

Unificando-se o conceito semântico aos conteúdos normativos específicos, com o complemento conceitual doutrinário, pode-se conceber o *patrimônio público* como o conjunto de bens e direitos (sociais e morais), de natureza móvel ou imóvel, corpóreos ou incorpóreos, patrimoniais ou extrapatrimoniais pertencentes aos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) da Administração Pública direta e indireta, mas à coletividade como titular ultimada, cuja conservação seja de interesse público e difuso, estando os administradores e os administrados responsáveis por sua efetiva tutela e sujeitos à responsabilização por eventuais danos de qualquer natureza.⁴

Esse conjunto de bens e direitos móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, possui titularidade difusa, inserido, assim, na terceira dimensão de direitos fundamentais e decorre, logicamente, dos princípios da dignidade da pessoa humana e solidariedade ou fraternidade coletivas, consagrados no âmbito interno do texto constitucional pátrio, respectivamente, como fundamento e como objetivo fundamental da república.

³ Art. 1º, II e art. 3º, I, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁴ Por essa concepção ampliata, considerar-se-á o patrimônio público como continente, do qual a probidade administrativa e boa governança são conteúdos.

Com a mudança paradigmática das relações jurídico-sociais entre o homem e o Estado (antropocentrismo), surge o direito à proteção ao patrimônio público, à probidade administrativa e à boa administração pública,⁵ como manifestação da dupla dimensão da cidadania, sendo o cidadão (concepção ampla) sujeito de direitos e também de deveres, agora com responsabilidade social. Sob o influxo dos princípios republicano, democrático, da solidariedade coletiva e o da dignidade da pessoa humana, o indivíduo, seja ele administrador ou administrado, torna-se, simultaneamente, sujeito de direitos de fruição e de deveres de tutela, consumidor final do produto da gestão pública e potencial responsável pela prática ou proveito de atos ilícitos.

O reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado não se exaurem em medidas de cunho negativo, de abstenção de ingerências ilícitas na esfera fundamental do ser humano. Para muito além disso, em especial no que respeita ao patrimônio público, pela força vinculante da Constituição, cabe ao Estado também proporcionar a efetivação desses direitos, numa máxima amplitude e eficiência do plano positivo dos direitos fundamentais.⁶

Pode-se inferir, portanto, que o patrimônio público, a moralidade administrativa e o direito à boa governança, tanto sob o aspecto objetivo (ordem jurídica) quanto sob o aspecto subjetivo (titularidade individual e coletiva), foram cunhados, externa e internamente, como direitos fundamentais, a bem da dignidade da pessoa humana, sendo parâmetros básicos para a interpretação e a concretização da própria ordem jurídica e da fixação das balizas e valores do próprio Estado Democrático de Direito.⁷ Por sua própria natureza jurídica, reclama tutela ampla e irrestrita, porque, conforme Fernando Rodrigues Martins, “a malversação do patrimônio público fere a concepção deontológica de um direito fundamental e importa na desapropriação violenta e lesiva de uma coletividade.”⁸

Sob o aspecto objetivo, o caráter fundamental do patrimônio público ressaí de seu conteúdo econômico (dinheiro e bens públicos), advindo da arrecadação tributária estatal, vinculando-se a sua utilização, por mandamentos constitucionais e legais cogentes, para a concretização de todos os outros direitos fundamentais

⁵ Apesar de não haver previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro sobre o direito fundamental à boa administração pública, ele pode ser inferido como um dos fundamentos constitucionais do próprio regime republicano, do Estado Democrático de Direito e da Administração Pública. Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81. Incluímos neste conceito a ideia indissociável de probidade administrativa, continente, segundo expressiva corrente doutrinária ampliativa da moralidade administrativa (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 106).

⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. *Temas atuais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 55-124.

⁷ Por fins didáticos, já feita a diferenciação conceitual, ao se tratar de tutela coletiva doravante, adotar-se-á a ideia ampliativa de “patrimônio público” como continente da probidade administrativa e do direito à boa administração pública.

⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 64.

A “crise da justiça” para a responsabilização por atos de improbidade administrativa e o Acordo de Não Persecução Cível como instrumento alternativo de tutela do patrimônio público pelo Ministério Público

(sobretudo os sociais) de titularidade coletiva. Sob o aspecto subjetivo, seu caráter fundamental decorre de sua titularidade difusa, a bem do interesse comum.

Nesta perspectiva evolutiva, esses direitos são objeto de proteção internacional e nacional e estão presentes em diversos documentos internacionais de posituação de direitos humanos: Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789); Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Convenção Interamericana Contra a Corrupção (1996) e, entre outros, especialmente, na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003), mais eloquente instrumento internacional anticorrupção, incorporado ao nosso ordenamento jurídico em 2006, com a promulgação do Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro.

Mas é no âmbito interno de nosso sistema jurídico que esses direitos se reconhecem como fundamentais, inseridos no terceiro estrato dimensional-evolutivo como direitos transindividuais difusos⁹ e tutelados não somente pela Constituição da República de 1988,¹⁰ mas por diversas normas infraconstitucionais, especialmente, pela Lei n. 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, recentemente reformada – ou desmantelada – pela chamada Nova Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 14.230/21, que entrou em vigor em 25 de outubro de 2021. Trata-se, portanto, de direitos difusos de terceira dimensão, decorrentes dos princípios constitucionais republicano, democrático e da solidariedade coletiva, bem como sob o manto do princípio da probidade administrativa, são garantias individuais constitucionais fundamentais do cidadão e da própria nação brasileira. (arts. 1º, 3º, I, 37, § 4º, 85, V, c/c o art. 5º, § 2º, da CR/1988)

A par das previsões típicas criminais existentes desde 1940 (artigos 317 e 333 do Código Penal Brasileiro), antes mesmo do surgimento da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) – considerada o grande marco normativo de surgimento da tutela coletiva no Brasil – movimento seguido pela própria Constituição da República de 1988 e pela Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) – já vigorava a Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), que instrumentalizava a pretensão protetiva de alguns direitos coletivos, em especial, o patrimônio público.

Esse *microssistema* é um conjunto de normas protetivas e sancionadoras extrapenais, as quais descrevem condutas, estabelecem procedimentos próprios, garantias individuais, espécies de tutela administrativa e judicial e ainda cominam sanções, de diversas naturezas, nas distintas e relativamente intercomunicáveis instâncias de responsabilização.¹¹

⁹ A indicação difusa do patrimônio público e sua proteção, como espécies de direito transindividual, cuja divisão em difusos, coletivos e individuais homogêneos, é expressa no art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8078/90.

¹⁰ Artigos 5º LXXIII e 129, III, ambos da CR/88, entre outros dispositivos.

¹¹ A Nova Lei de Improbidade trouxe norma inconstitucional (violação dos princípios da isonomia, do devido processo legal, da obrigatoriedade da ação do Ministério Público e do juiz natural) e inconveniente (artigos 30, 34, 41 e 42 da Convenção da ONU Contra a Corrupção) sobre isso, no § 4º do art. 21, prevendo a comunicabilidade incondicionada da instância cível à criminal, qualquer que seja o fundamento da decisão absolutória.

Além do estabelecimento do objeto material coletivo de proteção (direitos difusos),¹² a LACP trouxe inovações transformadoras ao sistema processual civil pátrio da mais alta relevância: a legitimação ativa coletiva concorrente (art. 5º); a consagração da consensualidade, por meio do compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º); tutela específica, liminar *inaudita altera pars* e medidas cominatórias (art. 11); coisa julgada coletiva (art. 16) e o estabelecimento de regras processuais para o processo coletivo.

Seguindo no tempo, vieram a lume as previsões normativas materiais e processuais da Constituição da República de 1988, que revelam os mais sensíveis fundamentos da tutela coletiva brasileira, por meio de um sistema jurídico aberto de direitos fundamentais (§ 2º do artigo 5º), dinâmico (princípio democrático, vide art. 1º) e de tutela jurisdicional ampla e irrestrita (princípio do acesso à Justiça, do art. 5º, XXV). Registre-se, ainda, a disposição do artigo 129, III, consagrada do princípio da não taxatividade do objeto material da tutela coletiva pelo Ministério Público, reafirmado, genericamente e depois, pelo art. 83 do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), ao inserir na LACP o artigo 21, criou o transformador *Microsistema de Tutela Jurisdicional Coletiva Comum*, resultante da integração e interação entre as disposições processuais da Lei nº 9.078/90 e a Lei nº 7.437/85 (art. 90 do CDC e art. 21 da LACP). Trata-se de um conjunto de normas materiais e processuais coletivas comuns, ou seja, aplicáveis a toda hipótese de proteção jurisdicional de direitos coletivos, inclusive e especialmente à tutela do patrimônio público, o que, conforme se demonstrará, inadmite a teratológica exclusão realizada pelo art. 17-D da nova LIA. O CDC trouxe, ainda, disposições conceituais e tripartites sobre os direitos coletivos (art. 81, parágrafo único) e sobre a coisa julgada coletiva (art. 103).

Esse microsistema normativo de tutela coletiva genérica é informado por princípios de direito material e processual coletivo, com a finalidade de viabilizar a máxima efetividade na proteção dos direitos difusos, em especial do patrimônio público. Todos eles servem de fundamento para a implementação de mecanismos de maior eficiência no controle preventivo e repressivo da corrupção, destacadamente pelo Ministério Público.

O sistema normativo brasileiro é pródigo em proteção ao patrimônio público (*lato sensu*), pelo que, é possível que uma só conduta (unicidade da conduta) figure como ilícito penal, civil, administrativo e até político (multiplicidade típica), propiciando a responsabilização em cada seara do direito (multiplicidade de sanções).

Ocorre que, até a edição da originária Lei de Improbidade Administrativa, em 1992, a responsabilização para os atos dessa natureza era ainda tímida, sujeitando o autor da ilicitude apenas à responsabilização criminal (acaso crime fosse o fato),

¹² Registre-se que, originalmente, o sistema implantado pela LACP era o da *taxatividade do objeto material*, o que restou ultrapassado, posteriormente, pelas disposições materiais e processuais coletivas da Constituição da República, de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, que resultaram na alteração da norma do art. 1º, IV, da Lei n. 7347/1985, para nele incluir *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*.

A “crise da justiça” para a responsabilização por atos de improbidade administrativa e o Acordo de Não Persecução Cível como instrumento alternativo de tutela do patrimônio público pelo Ministério Público

ao ressarcimento dos danos eventualmente causados (responsabilidade civil), às sanções decorrentes de um processo administrativo disciplinar e, por fim, à parca responsabilização política.¹³

Exibindo uma rara boa técnica legislativa, a originária Lei nº 8.429/92 inovou no ordenamento jurídico, ao dispor, em regime próprio e bem sistematizado, basicamente sobre: legitimados ativos e passivos dos atos de improbidade administrativa; legitimados processuais ativos e passivos; tipificação específica de improbidade administrativa; medidas cautelares específicas; sanções para os sujeitos ativos dos atos; regras procedimentais administrativas e judiciais; coisa julgada e prescrição da pretensão sancionatória.

Especificamente quanto à proteção extracriminal do patrimônio público (*lato sensu*), complementarmente ao referido microsistema de tutela coletiva comum (CR/88, LAP, LACP, CDC e CPC), foram editadas diversas normas contendo medidas de prevenção e repressão à improbidade administrativa, inclusive com referências típicas específicas, além da própria LIA, compondo-se o chamado *Microsistema de Tutela do Patrimônio Público*:¹⁴ Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições); Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal); Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade); Lei nº 12.257/2011 (Lei de Acesso à Informação); Lei nº 12.813/2013 (Lei do Conflito de Interesses); Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção ou Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas) e Decreto nº 9.203 (Governança).

Exposto esse quadro, o importante a salutar é que sobre todo esse arcabouço normativo, desenvolvido no tempo e a duras penas, deve recair uma interpretação sistemático-teleológica, envolta pelos princípios de direito material e processual coletivos, para que dele se extraia a máxima efetividade e amplitude na proteção do patrimônio público, possibilitando-se a proteção desses interesses e a responsabilização dos agentes ilícitos em seu mais alto grau e nas diversas e relativamente independentes instâncias de responsabilização, especialmente no que respeita ao Acordo de Não Persecução Cível, introduzido finalmente à LIA pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, em seu art. 17-B.

¹³ Salvo a Constituição Imperial de 1824, todas as Constituições Republicanas previram a responsabilização do Chefe do Executivo por infrações à probidade administrativa. Em âmbito infraconstitucional, citam-se as normas precedentes à LIA: Lei nº 3.164/1957; Lei nº 3.152/1958; Atos normativos publicados durante o período da Ditadura Militar e Lei nº 4.717/1965.

¹⁴ Defendemos a ideia da existência de um continente “*Microsistema Anticorrupção*”, que estabelece a tipificação, os procedimentos, as garantias e as respectivas sanções a determinadas condutas qualificadas no conceito analítico de corrupção (VALDÉS, Garzón, 1997), em todas as possíveis instâncias de responsabilização de determinado ordenamento jurídico (criminal, administrativo, político e civil), do qual é conteúdo o chamado *Microsistema de Tutela do Patrimônio Público*, formado por um conjunto de normas extrapenais que possibilitam a tutela dessa categoria de direitos difusos e a responsabilização civil dos autores, do qual se destaca a Lei de Improbidade Administrativa.

3. “Crise da justiça”: ineficácia da atuação jurisdicional do Ministério Público contra os atos de improbidade administrativa

Seguindo a linha da *virada pragmático-científica* mencionada pelo Ministro do STF, Luiz Roberto Barroso, que visa a “nos libertar de discursos tonitruantes e da retórica vazia, descompromissada do mundo real” e em que “o empirismo significa a valorização da experiência como fonte de conhecimento e legitimação das escolhas públicas”,¹⁵ confirma-se e atualiza-se adiante a hipótese da ineficácia da atuação demandista do Ministério Público anticorrupção, pela análise crítica de dois indicadores: número de ocorrências de improbidade administrativa registrado pela Instituição (inquéritos civis e procedimentos preparatórios) e índices de julgamento das respectivas ações (favorabilidade e números das Metas da ENASP).

Conforme demonstrado por Alencar e Gico Júnior,¹⁶ os dados de ineficiência do Sistema de Justiça no Brasil¹⁷ para a repressão e prevenção à corrupção são chocantes: a probabilidade de punição jurisdicional criminal e civil dos envolvidos com a corrupção é inferior a 5%! Esse estudo relevantíssimo confirmou, de forma pioneira e empírica, o que há muito tempo já revelavam os indicadores de opinião pública sobre a corrupção no Brasil: existe uma sensação coletiva de impunidade. Nele, adotou-se concepção ampla de “sistema judicial”, de modo a incluir não apenas os magistrados, mas também membros do Ministério Público, os advogados, os policiais etc. Todavia, leva em conta apenas os provimentos jurisdicionais sancionatórios, para fins de aferição da ineficiência.

Adotando-se o indicador das condenações pelas instâncias oficiais, em casos de corrupção praticada por servidores públicos federais (corrupção burocrática) dos principais Ministérios (Fazenda, Planejamento, Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Relações Exteriores, Desenvolvimento Agrário), durante o período de 1993-2005, os pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas fizeram uma listagem de servidores punidos administrativamente e compararam esses dados com outros dados judiciais para cada um dos servidores, em busca de processos cíveis ou penais, independentemente de terem sido concluídos ou não. Essa busca, que incluiu todas as Varas Federais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) abrangeu, também, os casos em que foi pedida a anulação da decisão administrativa e a reintegração. No período de 1993 a 2005, foram identificados 687 servidores públicos demitidos, dos quais 246 (35,81%) por razões não relacionadas com corrupção e 441 (64,19%) por casos de corrupção, estes, necessariamente, portanto, também tipificados como atos de improbidade administrativa.

¹⁵ Trecho de seu voto no HC 152.752. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=68&dataPublicacao=10/04/2018&incidente=5346092&capitulo=2&codigoMateria=3&numeroMateria=7&texto=7479765>>. Acesso em: 10 fev. 2022.

¹⁶ ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas*. São Paulo, jan.-jun. 2011, p. 75-98. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24041/22794>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

¹⁷ Sistema judicial é definido de forma ampla de modo a incluir não apenas os magistrados, mas também promotores públicos, os advogados, os policiais etc.

A “crise da justiça” para a responsabilização por atos de improbidade administrativa e o Acordo de Não Persecução Cível como instrumento alternativo de tutela do patrimônio público pelo Ministério Público

Especificamente na área da improbidade administrativa, o mesmo estudo da FGV apontou que apenas 107 servidores demitidos administrativamente foram judicialmente acionados por improbidade administrativa (alguns, por mais de uma vez), o que significa que apenas menos de um quarto dos servidores demitidos administrativamente (24,26%) realmente enfrenta processos judiciais por improbidade administrativa. Desse total ínfimo, resultaram apenas 13 condenações judiciais por improbidade administrativa, das quais somente 7 definitivas (com trânsito em julgado).

Por esse recorte, o percentual de servidores que praticaram atos de corrupção (*lato sensu*) a serem processados por improbidade administrativa foi de apenas 24,26%. Com base nesses resultados e aplicando-se a metodologia explicitada no referido estudo, conclui-se que o desempenho judicial do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa é de menos de 2%, pois a probabilidade de ser efetivamente condenado por improbidade administrativa é de apenas 1,59%!

Em 2015, foi publicada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ uma pesquisa relevantíssima, realizada em 2014, pela Universidade de Itaúna, intitulada “Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade”, da qual fez parte o Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e doutrinador de escol, Gregório Assagra de Almeida.¹⁸ Ela foi realizada em cinco regiões do país, com análise de autos físicos e autos eletrônicos, estes, no Superior Tribunal de Justiça, com consultas a processos com trânsito em julgado das sentenças no período de 2010 a 2013, para fins de levantamento de dados sobre os principais obstáculos à plena efetividade do combate à improbidade e para a consequentes proposições de algumas soluções. Foram detectados diversos fatores que servem de empecilho ao eficaz cumprimento da Lei de Improbidade Administrativa, que serão especificamente analisados mais adiante.

Algumas conclusões empíricas específicas desse estudo merecem destaque, como, por exemplo: a) até dezembro de 2013, haviam 8.183 ações de improbidade (julgadas, pendentes de julgamento e novas ações), com maior concentração nas regiões Sudeste e Sul; b) apenas 132 apresentaram decisões com trânsito em julgado; c) 71% dos réus são agentes públicos, dos quais, 33% são Prefeitos e Ex-Prefeitos Municipais; d) 83,38% das ações estão em curso na Justiça Estadual e 16,60% na Justiça Federal, 93,35% dos réus são pessoas naturais; e) tempo médio decorrido entre o ajuizamento da ação e o julgamento é de 4,24 anos, entre o ajuizamento e o trânsito em julgado o prazo médio é de 5,15 anos; f) apenas 1,65% dos agentes foram tornados inelegíveis; g) em 73,73% dos casos, o legitimado ativo autor da ação foi o Ministério Público; h) a liminar não foi concedida em 79% dos casos; i) a cautelar de indisponibilidade de bens foi deferida apenas em 13,49% dos casos; j) apenas em 4% dos processos analisados houve o ressarcimento integral dos danos; k) 9,2% da condenações foram por atos tipificados no art. 9º, 5,75% referentes ao art. 10 e

¹⁸ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Equipe Gregório Assagra de Almeida (...) [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

21,84% ao art. 11; l) apenas 17, 59% das sentenças condenatórias foram reformadas em segundo grau de jurisdição; m) a sanção de suspensão de direitos políticos foi proferida em apenas 25, 4% dos casos.¹⁹

Vertendo-se a análise para atuação do Ministério Público, extrai-se do relatório informativo “Ministério Público: um retrato”, de 2021, que no ano de 2020 o Ministério Público brasileiro instaurou 107.005 procedimentos extrajudiciais com o assunto improbidade administrativa, entre Notícias de Fato, Inquéritos Cíveis e Procedimentos Preparatórios e Administrativos, o que representa um aumento de 10% em relação ao ano de 2019. O tema lidera, com folga abismal, o ranking temático do relatório como objeto de inquéritos cíveis e procedimentos preparatórios extrajudiciais instaurados pelos MPs Estaduais e do Distrito Federal e Territórios, com 36.489 ocorrências (26,89%) de um total de 135.674, seguido pela temática da defesa do meio ambiente (22.854) e do consumidor (7.668). A improbidade administrativa também foi o destaque nos assuntos dos inquéritos cíveis e dos procedimentos preparatórios extrajudiciais finalizados (31.952, no total) pelo MPF, aparecendo em 6.466 movimentações processuais (20,24%), seguida, nesse caso, por meio ambiente (2.711) e saúde (1.962).

Analisando-se os dados do referido documento, constata-se que o número de procedimentos instaurados apenas no ano de 2020 (36.489) é muito superior ao número de ações de improbidade administrativa ajuizadas nos anos de 2019 e 2020 somados (5.800), o que leva à conclusão lógica de que, por diversos fatores, um modelo de atuação eminentemente demandista-judicializante será claramente incapaz de dar vazão ao enorme acervo administrativo investigatório gerado nas unidades funcionais do MP brasileiro e, com isso, reprimir e prevenir a corrupção.

No plano federal, em 2020, das 3.091 ações civis públicas ajuizadas pelo MPF, 789 (25,52%) foram para a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, as quais, embora possuam histórico positivo, não atingem as metas anuais de favorabilidade fixadas no Planejamento Estratégico da Instituição e ainda dependem da (in)eficácia do Poder Judiciário em dar vazão ao enorme passivo processual existente, conforme tabela abaixo:²⁰

Tudo isso pode ser confirmado pelo exame dos dados referentes às Metas Nacionais do Poder Judiciário,²¹ que, no caso dos julgamentos dos crimes contra a Administração Pública e das ações de improbidade administrativa, num recorte

¹⁹ Idem, p. 31-76.

²⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Relatório de atividades da Procuradora-Geral da República: combate à corrupção, direitos humanos, eficiência, transparência, memória institucional, celeridade, defesa da democracia* (set. 2017/set. 2018). Brasília: MPF, 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/portal/o-mpf/sobre-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacao-do-mpf/sobre/publicacoes/publicacoes-arquivos/Relatorio_Atividades_PGR_2017-2018.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2022.

²¹ Formuladas anualmente, as Metas Nacionais têm o objetivo precípuo de promover o aperfeiçoamento do Poder Judiciário, com vistas à promoção de uma prestação jurisdicional mais célere à sociedade, com mais eficiência e qualidade. Além disso, as Metas Nacionais são uma das formas de verificar o alcance dos Macrodesafios estabelecidos na Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2015-2020.

A “crise da justiça” para a responsabilização por atos de improbidade administrativa e o Acordo de Não Persecução Cível como instrumento alternativo de tutela do patrimônio público pelo Ministério Público

temporal de 2016 a 2020, sequer são vêm sendo cumpridas à metade.²² Especificamente, a Meta 4 foi assim disposta: a) Justiça Federal, FAIXA 1: 70% das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública distribuídas até 31/12/2017; FAIXA 2: 60% das ações de improbidade administrativa e 70% das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública distribuídas até 31/12/2017; b) Justiça Estadual: 70% das ações distribuídas até 31/12/2017.²³

O Judiciário não consegue julgar sequer metade das metas de 70% dos feitos distribuídos nos anos anteriores, o que ocasiona um constante represamento processual e, portanto, um ciclo de ineficácia e de impunidade, a severos custos sociais.

Como se não bastasse a ineficácia para a investigação, a persecução e a condenação dos agentes públicos e dos particulares que incorram na prática dos atos de improbidade, surge um problema de igual gravidade: a parca efetivação das sanções, que, segundo o documento “Efetivação das condenações nas ações de responsabilização por improbidade administrativa: Manual e Roteiro de Atuação”,²⁴ é a mais grave das impunidades.

Além da priorização da atuação preventiva,²⁵ a consensualidade sancionadora, por meio do Acordo de Não Persecução Cível,²⁶ pode ser tida como um dos caminhos para sanar essa “Crise da Justiça”, retirando do Poder Judiciário o monopólio sancionador e permitindo maior celeridade e eficiência para a repressão à improbidade administrativa e sua consequente prevenção em decorrência dos efeitos gerais e especiais, positivos e negativos.

Passemos adiante a algumas considerações sobre alguns aspectos teóricos e práticos do ANPC, sem a menor pretensão de esgotar o tema, mas apenas de possibilitar algumas reflexões críticas sobre ele.

4. O Acordo de Não Persecução Cível – ANPC e seus aspectos teóricos: histórico normativo, natureza jurídica e conteúdo genérico

Nos dizeres de Emerson Garcia, acordo e indisponibilidade do interesse são institutos que gritam quando se encontram (*hurlent de se trouver ensemble*), porque “não se transige com o que não se pode dispor”. Todavia, há casos em que, apesar

²² A hipótese da inefetividade da priorização da atuação demandista do MP no combate à corrupção foi lançada na dissertação de mestrado, em referência aos anos de 2016 e 2017.

²³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Metas Nacionais do Poder Judiciário 2021*. p. 19-22. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/relatorio-de-metas-nacionais-2020-v-f.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2022.

²⁴ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Efetivação das condenações nas ações de responsabilização por improbidade administrativa: manual e roteiro de atuação* – 2ª ed. –. Brasília: MPF, 2019.

²⁵ Para aprofundamento do tema, ver: WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. *A defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 136-139.

²⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos*. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 35-66.

da obviedade dessa constatação, é palpável, na realidade brasileira, que situações de ruptura da ordem jurídica têm sido remediadas ou recompostas justamente a partir da consensualidade.²⁷

Sinteticamente, compreende-se a consensualidade como convergência de vontades em prol de um objetivo comum entre partes distintas, que pode se externalizar pela submissão, pela plena transação ou ainda por modelos híbridos de negociação de interesses.

No campo do Direito Sancionador, em que o Estado figura como garantia dos bens jurídicos tutelados e o infrator pode sofrer sanções restritivas de direitos insuscetíveis de plena disposição, prevalece a adoção dos modelos misto e da submissão, sendo bastante rara a plena transação, sobretudo em virtude da vigência dos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público e da obrigatoriedade do exercício da pretensão sancionatória. Surgem, portanto, duas possibilidades: consensualidade de colaboração e consensualidade de pura reprimenda.

Em se tratando de responsabilização por atos de improbidade administrativa, a redação original do artigo 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa, era absolutamente refratária à consensualidade e vedava qualquer espécie de transação, acordo ou conciliação.

Mas, dando concretude a um movimento doutrinário e até jurisprudencial de interpretação sistêmica da norma proibitiva, com vistas a possibilitar a celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta para a responsabilização dos agentes ímprobos, veio a lume a Medida Provisória n. 703, de 18 de dezembro de 2015, que revogou o § 1º do art. 17 da Lei n. 8.429/92, cuja eficácia durou apenas até 31 de maio de 2016, conforme Ato Declaratório n. 27, reestabelecendo-se, portanto, a proibição da consensualidade sancionadora em sede de improbidade administrativa.

Em que pese a inexistência de previsão legal específica, parte da doutrina defendia a possibilidade de utilização do TAC para instrumentalizar a consensualidade no plano da improbidade administrativa,²⁸ o que foi encampado normativamente pelas próprias instituições de controle legitimadas a promover a responsabilização por esses ilícitos, a exemplo da Recomendação n. 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público²⁹ e de diversas normas em cada Ministério Público,³⁰ que possibilitava

²⁷ GARCIA, Emerson. A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n.º 66, p. 29-82, out./dez. 2017.

²⁸ Por todos: CABRAL, Antônio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

²⁹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Resolução n. 179 de 26 de julho de 2017: regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

³⁰ Regulamentação no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais: MPES - Resolução COPJ nº 006/2014; MPAP - Resolução CSMP nº 002/2017; MPPR - Resolução CSMP nº 01/2017; MPMG - Resolução CSMP nº 03/2017; MPPB - Resolução CPJ nº 019/2018; MPGO - Resolução CPJ nº 09/2018; MPRS - Provimento PGJ nº 58/2018;

A “crise da justiça” para a responsabilização por atos de improbidade administrativa e o Acordo de Não Persecução Cível como instrumento alternativo de tutela do patrimônio público pelo Ministério Público

expressamente, § 2º de seu art. 1º, a utilização do compromisso de ajustamento de conduta para a aplicação das sanções da LIA.³¹

Ocorre que a sistemática do TAC, voltada exclusivamente para a adequação consensual das condutas à ordem jurídica não é típica do Direito Sancionador, em que pese a possibilidade de cominações para o cumprimento das obrigações – consensualidade periférica ou formal. A sistemática da LACP e do CDC não é de direito sancionador, mas de direito civil obrigacional: preventiva, indenização, recomposição ou compensação dos danos; não é de restrição à esfera individual, ainda que haja sanção pecuniária cominatória. Ademais, à época da edição da mencionada Resolução nº 179/17 do CNMP, só havia o TAC como instrumento de resolução alternativa.

Em 23 de janeiro de 2020, após o absurdo descarte do Anteprojeto de Reforma da Lei de Improbidade Administrativa, elaborado por uma comissão de juristas, liderada pelo Ministro Mauro Campbell, do Superior Tribunal de Justiça, e discutido democraticamente no Parlamento,³² entrou em vigor o chamado Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), que, em consonância com o chamado Microssistema de Tutela do Patrimônio Público, extinguiu a proibição até então vigente e passou a prever expressamente a possibilidade de consensualidade no âmbito da improbidade administrativa, por meio do Acordo de Não Persecução Cível (ANPC), sem, contudo, estabelecer balizas objetivas mínimas de conteúdo.

Finalmente, em 25 de outubro de 2021, veio a lume a Lei n. 14.230 – *Nova Lei de Improbidade Administrativa*, que promoveu sensíveis alterações na redação da Lei n. 8.429/92, e nela inseriu o art. 17-B, prevendo, definitivamente, o Acordo de Não Persecução Cível, cujo conteúdo mínimo fixado deve ser o integral ressarcimento do dano e a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.

Dois fundamentos básicos da criação normativa do ANPC podem ser apontados: um sistêmico-normativo e um pragmático.

O fundamento sistêmico-normativo da criação do ANPC é a previsão expressa da consensualidade no chamado Microssistema Anticorrupção, composto pela Constituição da República no seu epicentro e por diversas normas infraconstitucionais (leis e Resoluções do CNMP e dos MPs) e supralegais (Convenção da Organização das Nações Unidas Contra a Corrupção)³³ em sua órbita. O próprio preâmbulo da CR/88, embora desprovido de força normativa cogente, já indica o comprometimento principiológico do Texto com a solução pacífica das controvérsias, na ordem interna e

MPPTO - Resolução CSMP nº 005/2018; MPMS - Resolução CPJ nº 06/2019; MPRN - Resolução CPJ nº 008/2019; MPMA - Resolução CPMP nº 75/2019; MPRO - Resolução CPJ nº 06/2019; MPAL - Resolução CPJ nº 11/2019.

³¹ Para análise aprofundada desse movimento de consensualidade na LIA, ver: WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. *A Defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 167-173.

³² Esse Anteprojeto, anterior ao PL n. 10.887/2018, já previa o instituto do ANPC, nominado por Emerson Garcia, em paralelismo ao ANPP.

³³ A Convenção da ONU Contra a Corrupção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, em caráter supralegal e promulgada pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

internacional (art. 4º, VII). Ainda no texto constitucional podemos apontar o princípio da razoável duração dos processos, aplicável no âmbito administrativo (art. 5º, LXXVIII), o princípio da eficiência (art. 37, *caput*) e os princípios de Direito Coletivo (materiais e processuais), todos que exigem a solução que melhor atenda ao interesse público, ao menor custo social e de direitos fundamentais individuais possível. No plano infraconstitucional, diversas leis já previam a consensualidade sancionadora (exemplos: art. 28-A do CPP; art. 16 da Lei n. 12.846/13 e arts. 3º-A a 7º, da Lei n. 12.850/13) assim como a Resolução n. 179/17 do CNMP e diversas novas Resoluções dos MPs Estaduais.

Registre-se que, pela natureza negocial do ANPC e em decorrência da exclusividade do exercício da relativização do princípio da obrigatoriedade ser dos titulares da ação civil pública, o ANPC não é direito subjetivo do agente ímprobo, mas ato discricionário do titular da ação, tal qual ocorre com o benefício da Suspensão Condicional do Processo e do ANPP, consoante orientação pacífica dos Tribunais Superiores.³⁴

Por sua vez, o fundamento pragmático, de relevante consideração, é a demonstrada incapacidade do Sistema de Justiça de proporcionar a tutela repressiva e preventiva do patrimônio público minimamente satisfatória, à luz do mencionado microsistema, no que diz respeito à responsabilização por atos de improbidade administrativa, o que gera um círculo vicioso de impunidade e continuidade delitiva, a altos custos sociais – “Crise da Justiça”. É pressuposto lógico que o acordo seja mais vantajoso para o interesse público do que o ajuizamento da ação civil pública para a responsabilização por ato de improbidade administrativa, levando-se em consideração fatores como a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias e a gravidade do ato ímprobo, assim como as vantagens para a coletividade na rápida solução do caso concreto, sopesando-se a provável duração do processo (em média 4,24 anos até a sentença condenatória e 5,15 anos até o trânsito em julgado),³⁵ a efetividade das sanções e obrigações assumidas e o princípio da proporcionalidade, tudo a bem da máxima efetividade da tutela do patrimônio público.

Diferentemente do TAC, insculpido fora do sistema sancionador, a natureza jurídica do ANPC não é tão tormentosa. Trata-se de acordo administrativo,³⁶ negócio jurídico bilateral e comutativo, de conteúdo material de consensualidade híbrida – de

³⁴ Nesse sentido: HC 417.876/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 27/11/2017; APn 000871/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2017, DJe 27/10/2017. AgRg no REsp 1948350/RS, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2021, DJe 17/11/2021; AgRg no RHC 152756/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021; AgRg no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1816322/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 13/04/2021, DJe 22/04/2021; AgRg no RHC 130587/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 23/11/2020.

³⁵ GOMES JÚNIOR, op. cit. p. 37.

³⁶ Nesse sentido, Gustavo Henrique Justino de Oliveira e Wilson Accioli de Barros Filho assim conceituam o acordo administrativo: “O acordo administrativo pode ser tanto instrumento de ação pública, ao lado do ato e do contrato administrativos, como ferramenta de resolução de conflito, ocupando lugar no universo dos instrumentos de autocomposição de litígios, junto da mediação, da conciliação e da transação. O conteúdo teórico no qual estão inseridos os acordos administrativos é o da consensualidade.” BARROS FILHO, Wilson Accioli de; DE OLIVEIRA, Gustavo Justino. Inquérito Civil Público e Acordo Administrativo: apontamentos sobre o devido processo legal adequado, contraditório, ampla defesa e previsão de cláusula de segurança

A “crise da justiça” para a responsabilização por atos de improbidade administrativa e o Acordo de Não Persecução Cível como instrumento alternativo de tutela do patrimônio público pelo Ministério Público

colaboração ou de pura reprimenda – com potencial processual, celebrado entre, de um lado, o Ministério Público e/ou a pessoa jurídica interessada e, de outro, o agente ímprobo (agente público ou terceiro particular), no qual podem ser fixadas obrigações gerais e específicas, além, é claro, das sanções positivas (benefícios)³⁷ e negativas (aplicação das próprias sanções do art. 12 da LIA). De outro lado, Renato de Lima Castro³⁸ compreende o ANPC como um negócio *sui generis*, pela reduzida liberdade das partes intervenientes na convenção para negociar, já que o grau das sanções está adstrito à gravidade do injusto ímprobo, inadmitindo a absoluta liberalidade na negociação.

O potencial processual do conteúdo do ANPC se refere à possibilidade de veiculação de consensualidade das situações jurídicas processuais – *negócios jurídicos processuais* (arts. 190 e 373, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil) – como, por exemplo: agente ímprobo acordante que, em troca de benefícios de redução das sanções por colaboração, renuncia a determinados prazos legais; negociação de um calendário processual; dispensa da audiência de conciliação; entre outras possibilidades.

O conteúdo genérico do ANPC diz respeito às disposições que devem estar presentes em todos os acordos firmados entre os legitimados, quaisquer que sejam o ato de improbidade ocorrido e suas consequências. Sobre o tema, ainda antes da publicação da Lei nº 14.230/2021, foram editados diversos atos normativos no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais do DFT, a exemplo da Resolução nº 1.193/2020-CPJ, de 11 de março de 2020, do MPSP;³⁹ da Resolução n. 003/2020-CPJ, do MPAP;⁴⁰ da Resolução CPJ nº 01, de 22 de fevereiro de 2021, do MPGO;⁴¹ Resolução CQPJ nº 09, de 13 de setembro de 2021, do MPES;⁴² do Provimento PGJ n. 16/2021, do MPRS.⁴³

A nosso modesto juízo, todo ANPC deve, portanto, conter, no mínimo: (i) a descrição da conduta ilícita, com suas circunstâncias, em especial suas condições de tempo e local; (ii) assunção da responsabilidade pelo ato ilícito praticado por parte do acordante⁴⁴ – *confissão*; (iii) a cessação do envolvimento do acordante com o ato ilícito;

nos termos de ajustamento de conduta (TACs). In: DE OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (Org.). *Acordos Administrativos no Brasil: Teoria e Prática*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 91.

³⁷ A não aplicação ou redução quantitativa das sanções, bem como dilações de prazos e outros aspectos formais são sanções positivas, que servem de incentivos ao agente ímprobo para que abra mão da benevolente e geralmente ineficaz persecução processual e aceite o firmamento do ANPC, com a célere e mais eficiente solução da lide.

³⁸ CASTRO, Renato de Lima. *Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa*. Artigo inédito. 2020.

³⁹ Disponível em: <https://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/resolucoes/1193compilado.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2022.

⁴⁰ Disponível em: <http://www.mpap.mp.br/intranet/uploads/banco_publicacoes/2021_03/7e42ce95fb8ac70ca4596713c3f18381b3021016.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2022.

⁴¹ Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2021/03/11/17_32_31_51_Resolu%C3%A7%C3%A3o_CPJ_1_2021_ANPC.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2022.

⁴² Disponível em: <<https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/2336e7cc-798d-4d8b-951c-402bee3367f9.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2022.

⁴³ Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/14578/>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

⁴⁴ Embora o novo art. 3º tenha suprimido a expressão “ou se beneficia” do texto legal, entendemos que, pelo princípio da isonomia e pela interpretação sistêmica, especialmente como o art. 17-C,VI, (“VI - considerar, na fixação das penas relativamente ao terceiro, quando for o caso, a sua atuação específica, não admitida

(iv) a subsunção da conduta ilícita imputada à específica previsão legal de modalidade de ato de improbidade administrativa; (v) o estabelecimento de prazo razoável para o cumprimento do quanto avençado, respeitados os limites impostos pela LIA, atentando-se para a necessidade de afastamento do risco da ocorrência da prescrição, inclusive mediante o ajuizamento de protesto judicial específico para esse fim; (vi) estabelecimento de multa cominatória (*astreintes*) para a hipótese de inadimplemento parcial ou total; (vii) oferecimento de garantias do cumprimento dos compromissos de pagamento da multa civil, de ressarcimento do dano e de transferência de bens, direitos e/ou valores, em conformidade com a extensão do pactuado; (viii) a obrigação do investigado de informar, prontamente, qualquer alteração de endereço, número de telefone ou e-mail e de comprovar, na periodicidade acordada, o cumprimento das obrigações ajustadas, independentemente de notificação ou aviso prévio; (ix) previsão de que a rescisão do acordo, por responsabilidade do celebrante, não implicará a invalidação do elemento de informação ou prova por ele fornecidos ou deles derivados.

Genéricas são as obrigações que, embora digam respeito ao caso concreto, não desçam a detalhes quanto ao seu objeto e sujeitos, como, por exemplo, a obrigação de não mais fazer nomeações que configuram nepotismo; a obrigação de não mais prover cargos efetivos por meio de contratações temporárias; a obrigação de fazer determinado concurso público; de comprovar o uso regular de determinados recursos públicos recebidos e sobre os quais pairam dúvidas de prestação de contas etc.

Respeitando posições contrárias,⁴⁵ entendemos que a *confissão* deve ser rotulada como cláusula genérica obrigatória por, ao menos, duas razões fundamentais: (a) por pressuposto lógico da sistemática material e probatória da consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro; (b) pelas consequências sancionatórias nas distintas instâncias de responsabilização, especialmente na eleitoral.

Por lógica sistêmica, não há como se conceber a submissão do agente ímprobo à aplicação imediata de sanções, previstas numa lei que dispõe sobre tipos de injusto específicos, com qualificação e regime jurídico próprios para os quais prevê a incidência das respectivas sanções, sem que ele reconheça a materialidade e a autoria desses próprios ilícitos. Por coerência orgânico-normativa, tal qual ocorre no Acordo de Não Persecução Penal – ANPP (art. 28-A, do Código de Processo Penal),⁴⁶ no Acordo

a sua responsabilização por ações ou omissões para as quais não tiver concorrido ou das quais não tiver obtido vantagens patrimoniais indevidas.”), isso não impede a responsabilização de quem não induza, não concorra, mas se beneficie do ato de improbidade. Seria, no mínimo, ilógico, à luz de um Microsistema de Tutela do Patrimônio Público, minimamente eficiente para a proteção de direitos fundamentais difusos, possibilitar-se a punição apenas de quem atua como autor ou partícipe de um ilícito, mas deixar impune quem dele se beneficia, sobretudo porque a LIA prevê também sanções de cunho eminentemente econômico, plenamente aplicáveis aos particulares que assim ajam – ressarcimento integral dos danos; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; multa civil e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

⁴⁵ A regulamentação do ANPC feita pelo MPRS dispensa a confissão, em seu art. 6º, II, prevendo não ser condição obrigatória a assunção de responsabilidade pelo ato ilícito praticado.

⁴⁶ “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos,

A “crise da justiça” para a responsabilização por atos de improbidade administrativa e o Acordo de Não Persecução Cível como instrumento alternativo de tutela do patrimônio público pelo Ministério Público

de Leniência (art. 16 da Lei n. 12.846/13) e no Acordo de Colaboração Premiada (art. 3º-C, § 3º, da Lei n. 12.850/13), principais instrumentos de negociação sancionatória que serve de parâmetro ao ANPC, não seria plausível que se negociassem as sanções sem que se reconhecesse a materialidade e a autoria do injusto correspondente. A confissão deve ser formal e circunstanciada, tanto para propiciar a proporcionalidade das sanções quanto para delimitar os fatos dos quais podem decorrer consequências diversas, como a delação de demais envolvidos, a indicação dos meios de prova para corroboração etc.

A razão instrumental-probatória da confissão reside no fato de que ela pode gerar consequências relativas nas múltiplas instâncias de responsabilização que compõe o sistema jurídico sancionador brasileiro, especialmente no que diz respeito à Lei Complementar n. 64/90 – Lei da Ficha Limpa, a despeito do que dispõe o inconstitucional e inconveniente § 4º do art. 23 da LIA.⁴⁷

Assim, no campo eleitoral, uma vez confessada a prática dolosa do ato de improbidade que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, e homologado o ANPC por sentença judicial com trânsito em julgado, há incidência direta da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, I, da LC 64/90. A sentença homologatória do ANPC em que se reconhece expressamente materialidade e autoria do ato de improbidade ganha efeitos de decisão condenatória, com todos os seus consectários legais, inclusive para os fins de envio de informações à Justiça Eleitoral referentes a condenações por improbidade administrativa e a outras situações que impactem no gozo dos direitos políticos, para inscrição no Sistema de Informações de Óbitos e Direitos Políticos - INFODIP, nos termos do art. 1º, II, da Resolução Conjunta CNJ/TSE n. 6, de 21 de maio de 2020.

Sem a confissão, não há a declaração da ocorrência do ato de improbidade nem a imputação de sua prática a determinada pessoa, o que afastaria, por conseguinte, a especial incidência da inelegibilidade prevista na legislação eleitoral especial, tornando a confissão, portanto, *conditio sine qua non* para o firmamento do ANPC.

As obrigações genéricas de reparação integral do dano, quando for o caso (art. 17-B, I da LIA) e de transferência não onerosa, em favor da pessoa jurídica lesada, da propriedade dos bens, direitos e/ou valores que representem vantagem ou proveito direto ou indiretamente obtido da infração, quando for o caso (art. 17-B, II), são decorrências lógicas do ilícito praticado para o retorno da situação ao *status quo*. São, assim, obrigações indispensáveis a qualquer ANPC em casos de atos de

o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (...)” (destaque nosso).

⁴⁷ A par de maior aprofundamento jurídico sobre o tema, entendemos que § 4º do art. 23 da LIA viola o princípio da proibição da proteção deficiente ou da tutela mínima anticorrupção, ao ferir o sistema de relativa interdependência entre as instâncias de responsabilização, inviabilizando a máxima efetividade da tutela do patrimônio público, contra as disposições expressas dos arts. 67, II e 386 do CPP, bem como 91 do CP e 584, II, do CPC. A inconveniente decorre da afronta aos arts. 1º, 5º, III e 28 da Convenção de Mérida.

improbidade administrativa que causam dano ao erário e importam enriquecimento ilícito, respectivamente.

A obrigação de cessação do envolvimento do acordante com o ato ilícito, embora juridicamente dispensável, em razão do princípio da legalidade, é importante mecanismo pedagógico de integridade e também para a delimitação inescusável do elemento subjetivo do agente (dolo normativo como conhecimento do resultado ilícito).

A subsunção da conduta ilícita imputada ao tipo legal específico de improbidade administrativa, além de ser princípio básico do sistema acusatório, atende ao comando do novel art. 17, § 6º, I e § 10-D, além do que consta no art. 17-C.

A imprescindibilidade de previsão de sanções aplica-se, a nosso sentir, apenas aos acordos de pura reprimenda, por dois motivos: (a) o art. 17-B não prevê expressamente a obrigatoriedade de sanções no conteúdo do ANPC e (b) como não há colaboração por parte do agente ímprobo, não há que se falar em contraprestação benéfica por parte do Estado – isenção total de sanções – mesmo porque, a LIA é norma de Direito Sancionador.

As obrigações formais de fixação de prazo para adimplemento, de multa e de garantias são mecanismos cominatórios indispensáveis ao controle do cumprimento do acordo, sem os quais a eficácia e a atividade de fiscalização da avença ficariam seriamente prejudicadas.

Por fim, entendemos que todo ANPC deve conter uma cláusula resolutória, que estipule as consequências para os casos de resolução, perda do objeto ou rescisão do acordo, especialmente a proibição de invalidação dos elementos de informação e provas fornecidas pelo acordante ou deles derivada.

5. Alguns aspectos práticos do ANPC: conteúdo específico; legitimidade; homologação; descumprimento e execução

Estabelecido esse sintético panorama teórico e abordado o que reputamos ser o conteúdo genérico do ANPC, torna-se imprescindível que se faça uma análise pragmática do instituto, desvelando alguns pontos de seu conteúdo específico sobre a legitimidade para firmamento, sobre sua homologação, seu descumprimento e sua execução.

Pois bem, o *conteúdo específico* diz respeito às disposições próprias de cada caso concreto, que vão além das determinações de genéricas mínimas estabelecidas nos incisos do art. 17-B da LIA, ou seja, trata-se de um *plus* obrigacional (obrigações materiais e processuais) e sancionatório, para além do ressarcimento integral dos danos e da reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida. Trata, portanto, da variabilidade casuística dos “considerandos”, das obrigações e das sanções pertinentes a cada caso concreto, por meio de detalhamento circunstancial e especificação consequencial para cada hipótese de ato de improbidade administrativa, nos termos do que determina o art. 10, §§ 6 e 10-D, da LIA.

A “crise da justiça” para a responsabilização por atos de improbidade administrativa e o Acordo de Não Persecução Cível como instrumento alternativo de tutela do patrimônio público pelo Ministério Público

Os *considerandos* que precedem as cláusulas de todo ANPC variam caso a caso e devem trazer, basicamente: a fonte normativa que servirá de fundamento de validade para os conteúdos geral e específico do ANPC (Microsistema de Tutela do Patrimônio Público); a referência ao procedimento investigatório ou processo judicial no qual será celebrado o acordo; a justificação de que o acordo melhor atende ao interesse público e, por fim, a descrição individualizada da conduta de cada agente acordante, com apontamento de elementos de informação ou provas suficientes que demonstrem a materialidade e autoria do injusto. A indicação probatória pode ser relativizada por conta da imprescindibilidade da confissão, que dispensaria maior revolvimento de elementos de informação ou provas de corroboração.

As *obrigações específicas* são aquelas precisas para o melhor atendimento ao interesse público em cada caso concreto e podem ser subdivididas em *imprescindíveis* e *facultativas*, conforme as circunstâncias ocorridas e a espécie de acordo celebrado (de colaboração ou de pura reprimenda). Sempre que houver enriquecimento ilícito e/ou dano ao erário, serão imprescindíveis as obrigações de perda de bens e valores⁴⁸ e de ressarcimento integral dos danos, qualquer que seja a espécie de ANPC.

Nos ANPCs *de colaboração*, julgamos serem obrigações específicas *imprescindíveis* do acordante: (i) a confissão espontânea, como em todo ANPC; (ii) a identificação dos demais coautores, partícipes e terceiros beneficiários do ato de improbidade administrativa; (iii) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização de pessoas, quando for o caso (associação ou organização criminosa); (iv) a cessação da conduta ilícita e medidas de prevenção de infrações decorrentes; (v) a indicação de meios de prova para a eficiente promoção da responsabilização de todos os envolvidos. Por parte do Ministério Público, devem constar, necessariamente, a obrigação de não fazer, consistente na isenção ou diminuição das sanções previstas no art. 12 da LIA – benefício em contraprestação à colaboração, que seja atrativo à celebração do acordo e que atenda ao interesse público, tal qual no ANPP (substituição da pena privativa de liberdade, vide art. 18-A do CPP), no Acordo de Colaboração Premiada (perdão judicial, redução ou substituição da pena, vide art. 4º, da Lei n. 12.850/13) e no Acordo de Leniência (isenção ou redução das sanções, vide art. 16 da Lei n. 12.846/13) – de acordo com as circunstâncias do caso concreto, levando-se em consideração fatores a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso (art. 17-B, § 2º, da LIA).

Essas sanções positivas – dispensa ou diminuição de punição; parcelamento do pagamento etc. – são verdadeiros benefícios a serem concedidos ao agente acordante, tidos como incentivos necessários a atrair a voluntariedade consensual

⁴⁸ Entendemos que a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente com a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados (como consta no art. 17-B, II) não é propriamente sanção, mas, assim como o ressarcimento integral do dano, é mera recondução ao *status quo*. Neste sentido, GARCIA, op. cit. p. 644.

do infrator colaborador a firmar um acordo, afinal, trata-se de escolha racional com base na relação custo-benefício.

Nos ANPCs *de pura reprimenda*, para os casos em que haja enriquecimento ilícito e/ou danos ao erário, são cláusulas *imprescindíveis*: (i) a aplicação de uma ou algumas das sanções previstas no art. 12 da LIA;⁴⁹⁻⁵⁰ (ii) obrigação de reparação integral do dano, material e moral (art. 17-B, I da LIA)⁵¹ (iii) obrigação de transferência não onerosa em favor da pessoa jurídica lesada, da propriedade dos bens, direitos e/ou valores que representem vantagem ou proveito direto ou indiretamente obtido da infração, quando for o caso (art.17-B, II, da LIA).

As obrigações *facultativas* são aquelas compreendidas como atípicas (não previstas no art. 12, mas adequadas ao atingimento do resultado desejado no caso concreto), passíveis de serem formuladas no ANPC sempre com vistas à mais eficiente e ampla tutela do patrimônio público, ancorada, sobretudo, nos princípios da máxima efetividade da tutela coletiva (decorrente dos princípios democrático, republicano e da dignidade da pessoa humana) e da não taxatividade da tutela coletiva (arts. 5º, § 2º e 129, III, da CR/88 e art. 83 do CDC). São exemplos não exaurientes dessas obrigações: exonerar determinados servidores públicos que se encontram nas vedações do nepotismo; rescindir certos contratos temporários e prover esses cargos por meio de concurso público; destinar parte dos recursos de ressarcimento dos danos a determinada finalidade específica, como no recente caso da reforma da biblioteca da Faculdade de Direito da USP, acordado entre o Grupo CCR e o Ministério Público do Estado de São Paulo;⁵² modulação do ônus da prova. Exemplo de previsão cominatória é a *cláusula penal*, prevendo a negócios jurídicos processuais em caso de necessidade de ulterior ajuizamento da ação civil pública pela prática de ato de improbidade, nos termos dos arts. 190 e 373, §§ 3º e 4º, do CPC (conteúdo cominatório). Some-se a elas o reforço da estipulação de multa cominatória.

⁴⁹ Entendemos que o ANPC é acordo híbrido, possibilitando a consensualidade de pura reprimenda ou de colaboração. Observe-se que o art. 17-B não faz menção expressa à obrigatoriedade de estabelecimento de sanções. Registre-se que, embora se possa aventar a impossibilidade de consensualidade sobre a perda do cargo ou da suspensão dos direitos políticos, em virtude da exigência do trânsito em julgado da decisão condenatória (antigo art. 20 e atual § 9º do art. 12, ambos da LIA), o *caput* do art. 17-B não traz balizas objetivas limitadoras para tanto, mesmo porque o art. 15 da CR/88 trata apenas de provimento jurisdicional e não de consensualidade administrativa como é o caso do ANPC, instrumento que permite ampla e irrestrita negociabilidade sobre as sanções previstas para a improbidade administrativa. A limitação sobre a negociabilidade da sanção de suspensão dos direitos políticos, a nosso modesto juízo, é apenas quantitativa, não podendo as partes negociar sobre o *quantum* das sanções fora das balizas mínimas e máximas trazidas pela lei, sob pena de violação do princípio da legalidade.

⁵⁰ Nesse sentido, cite-se o Art. 2º, §§ 1º e 2º, da Resolução COPJ nº 09, de 13 de setembro de 2021, do MPES.

⁵¹ O ressarcimento integral do dano não é propriamente sanção, mas, sim, consequência civil do dano gerado, para o retorno da situação jurídica ao *status quo*. Nesse sentido, STJ - Ag: 1313876, relator: Ministro Herman Benjamin, data de publicação: DJ 18/11/2010.

⁵² O acordo, na modalidade Auto Composição para Ato de Improbidade, foi fechado em 2018 e chancelado pelo Poder Judiciário. A empresa se comprometeu a pagar um total de R\$ 81 milhões (R\$ 17 milhões para a faculdade e R\$ 64 milhões para a Fazenda do Estado) pelo fato de ter repassado valores não contabilizados a diversos políticos, incluindo ex-governadores em campanha eleitoral. Disponível em: <<https://www.mpsp.mp.br/w/justi%C3%A7a-determina-libera%C3%A7%C3%A3o-de-r-17-mi-para-biblioteca-da-faculdade-de-direito-da-usp>>. Acesso em: 17 mar. 2022.

A “crise da justiça” para a responsabilização por atos de improbidade administrativa e o Acordo de Não Persecução Cível como instrumento alternativo de tutela do patrimônio público pelo Ministério Público

Sobre a *legitimidade*, a redação do *caput* do art. 17-B seguiu a mesma linha do art. 17, *caput*, ao atribuir legitimidade exclusiva ao Ministério Público para promover a responsabilização por ato de improbidade administrativa, seja na via jurisdicional, via ação civil pública (*caput*), seja, agora, na via administrativa, pelo ANPC. Seria mesmo ilógico e assistêmico que o legislador previsse o mais para a legitimidade ativa processual (ACPIA) e o menos para a legitimidade ativa administrativo-negocial (ANPC), permitindo que apenas o MP pudesse exercer a pretensão sancionatória em juízo, mas, por outro lado, que também a pessoa jurídica lesada pudesse, em colegitimação, firmar o ANPC com o agente ímprobo e/ou com o terceiro coautor, partícipe ou beneficiário.

Ocorre que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar proferida pelo Ministro Relator, no julgamento das ADIs n. 7042 e 7043,⁵³ restabeleceu, em sede cautelar, a colegitimidade disjuntiva concorrente da pessoa jurídica lesada para, em casos de improbidade administrativa, aviar a pretensão sancionatória, especialmente em razão da legitimidade ressarcitória.

Em que pese o silêncio da decisão quanto ao ANPC, entendemos que, por inferência lógica, por extensão dos efeitos da interpretação conforme a Constituição proferida no julgamento e pela manutenção da estabilidade sistêmica da própria LIA, a legitimação ativa⁵⁴ para o firmamento do acordo em casos de improbidade deva ser, igualmente, disjuntiva concorrente entre MP e pessoa jurídica interessada, especialmente nos casos de dano ao erário, vide previsão do art. 17-B, § 1º, I.

Nas hipóteses em que o MP seja o celebrante do ANPC, basta que, por meio de notificação, viabilize a participação da pessoa jurídica lesada no acordo, o que reputamos obrigatório, para que se evite dissonância na solução do litígio, como nos casos da celebração de acordos de leniência no bojo da operação Lava Jato sem a participação da Petrobrás, pessoa jurídica lesada.

Por derradeiro quanto à legitimidade passiva, entendemos que, em casos de coautoria, participação ou beneficiamento de particulares, em analogia ao entendimento do STJ sobre a ausência de litisconsórcio passivo necessário (processual),⁵⁵ é plenamente possível a celebração isolada do ANPC apenas com um ou com outro, de acordo com a discricionariedade regrada que melhor atenda ao interesse público, desde que haja confissão do celebrante e elementos de informação que comprovem o concurso de pessoas.

⁵³ Ações Diretas de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizadas pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal - ANAPE (ADI 7042) e pela Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais - ANAFE (ADI 7043), tendo por objeto, em seu conjunto, os arts. 17, *caput* e §§ 14 e 20, e 17-B, da Lei n. 8.429/1992, alterados e incluídos pelo art. 2º da Lei n. 14.230/2021, e os arts. 3º e 4º, X, da referida Lei n. 14.230/2021. Medida cautelar parcialmente deferida, em 17/02/2022, pelo rel. Min. Alexandre de Moraes.

⁵⁴ Falamos em legitimidade ativa porque é o MP ou a pessoa jurídica que, por via do ANPC, veicula a pretensão sancionadora, muito embora a iniciativa da consensualidade possa partir do próprio agente ímprobo ou do particular coautor, partícipe ou beneficiário.

⁵⁵ STJ, REsp 896.044/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Dje 19/4/2011.

Sobre a *homologação*, reputamos como obrigatória a chancela judicial, em todos os casos, por três razões: (a) por previsão legal expressa do inciso III do § 1º do art. 17-B, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa; (b) por coesão do sistema de Direito Sancionador, no qual, em todas as suas instâncias de responsabilização, a autoridade competente para aplicar as sanções é aquela competente para homologar os acordos; (c) para os efeitos da inelegibilidade do art. 1, I, I, da LC 64/90.

Nos casos de ANPC extrajudicial (antes do ajuizamento da ação), conforme redação do inciso II do § 1º do art. 17-B, deve haver, também, homologação prévia e obrigatória pelo Conselho Superior do MP, como mecanismo de controle interno sobre legalidade (*lato sensu*) na aplicação da consensualidade sancionadora, previsto originariamente no § 1º do art. 9 da Lei n. 7.347/85 e depois no art. 6º da Resolução n. 179/17 do CNMP, bem como pela reafirmação do princípio institucional da unidade (art. 127, § 1º, da CR/88). Após homologação do ANPC extrajudicial pelo Juízo competente, o acompanhamento do cumprimento do acordo será feito por meio de Procedimento Administrativo próprio, instaurado pelo órgão de execução que o tomou, observadas as diretrizes estabelecidas nas normas de cada MP.

Nos casos de *descumprimento* do ANPC, primando sempre pelo princípio da eficiência, julgamos conveniente a oportunização de justificação perante o órgão tomador do acordo e responsável pela fiscalização de seu cumprimento e, nos casos inescusáveis ou em que haja falha na justificativa, conforme o caso, devem ocorrer: (i) a perda dos benefícios pactuados; (ii) a execução judicial do título, nos moldes do artigo 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85 e do artigo 784, XII, do CPC; (iii) a continuação do curso do procedimento investigatório originário quanto ao objeto residual; (iv) o ajuizamento da ação civil pública, se presentes seus requisitos e (v) retomada do curso do processo judicial suspenso pelo ANPC.

6. Considerações finais

1. O patrimônio público, amplamente considerado continente das noções de probidade administrativa e boa governança, é direito fundamental de natureza difusa, para cuja proteção existe um *Microsistema de Tutela do Patrimônio Público*, em cujo epicentro se encontra a Constituição da República de 1988 (art. 37, §§ 4º e 5º e art. 129, III, da CR/1988), orbitado por diversas normas constitucionais de Direito Coletivo (LAP; LACP; CDC; CPC etc.), das quais se destaca a Lei de Improbidade Administrativa.

2. Por meio de análise crítica de indicadores de corrupção, mais especificamente de improbidade administrativa, demonstrou-se a ineficácia e a insuficiência da atuação jurisdicional do Ministério Público contra esses ilícitos, descortinando-se um cenário de verdadeira *Crise da Justiça* para a responsabilização dos ímprobos, para o que, juntamente com a priorização da atuação preventiva, a consensualidade sancionadora, por meio do ANPC, finalmente introduzido pela Lei n. 14.230/21, pode ser tida como um dos caminhos para sanar essa crise, com maior celeridade e eficiência.

A “crise da justiça” para a responsabilização por atos de improbidade administrativa e o Acordo de Não Persecução Cível como instrumento alternativo de tutela do patrimônio público pelo Ministério Público

3. O ANPC possui natureza jurídica de negócio jurídico bilateral e comutativo, de conteúdo material de consensualidade híbrida (de colaboração ou de pura reprimenda) com potencial processual, no qual podem ser fixadas obrigações gerais e específicas, além das sanções positivas (benefícios) e negativas (aplicação das sanções do art. 12 da LIA).

4. O conteúdo genérico mínimo de todo ANPC deve ser: (i) a descrição detalhada da conduta ilícita, quando possível; a confissão; (ii) a cessação do ilícito; (iii) a subsunção da conduta ao tipo de improbidade; (iv) o estabelecimento de prazo razoável para o cumprimento; (v) multa cominatória (*astreintes*); (vi) obrigação do investigado de informar alterações para localização; (vii) obrigação de comprovar o cumprimento das obrigações ajustadas; (viii) aproveitamento das provas em caso de rescisão.

5. O conteúdo específico, variável caso a caso, diferencia-se conforme a espécie de acordo. Nos ANPCs de colaboração, são *imprescindíveis*: (i) a confissão espontânea; (ii) a identificação dos demais envolvidos; (iii) estrutura da organização ilícita e divisão de tarefas; (iv) a cessação da conduta ilícita e a prevenção de novas infrações; (v) a indicação de meios de prova. Por parte do MP, devem constar a obrigação de não aplicar uma, algumas, todas as sanções previstas no art. 12 da LIA – benefício em contraprestação à colaboração. Nos ANPCs de pura reprimenda: (i) a aplicação de uma ou algumas das sanções previstas no art. 12 da LIA; (ii) obrigação de reparação integral do dano, material e moral; (iii) perda de bens e valores ilicitamente obtidos da infração.

6. As obrigações *facultativas* são as não previstas no art. 12, mas adequadas ao atingimento do resultado desejado, sempre à luz ao interesse público.

7. Os legitimados a tomar o ANPC são o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, em legitimidade concorrente disjuntiva.

8. A homologação judicial é sempre necessária e, nos casos de ANPC extrajudicial, deve haver também a homologação prévia pelo CSMP.

9. São consequências do descumprimento do ANPC: (i) a perda dos benefícios pactuados; (ii) a execução judicial do título, nos moldes do artigo 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85 e do artigo 784, XII, do CPC; (iii) a continuação do curso do procedimento investigatório originário quanto ao objeto residual; (iv) o ajuizamento da ação civil pública, se presentes seus requisitos e (v) retomada do curso do processo judicial suspenso pelo ANPC.

Referências

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO JÚNIOR, Ivo. Corrupção e judiciário: a (in) eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. *Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas*. São Paulo, jan.-jun. 2011, p. 75-98.

ALMEIDA, Gregório Asságra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio clássica direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. *Temas atuais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BAPTISTA, Renata Ribeiro. Dilemas e boas práticas do modelo multijurisdicional no combate aos ilícitos transfronteiriços: algumas pautas para a aplicação da Lei nº 12.846/13. In: SOUZA, Jorge Munhós; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei Anticorrupção*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 111-127.

BARROS FILHO, Wilson Accioli de; DE OLIVEIRA, Gustavo Justino. Inquérito Civil Público e Acordo Administrativo: apontamentos sobre o devido processo legal adequado, contraditório, ampla defesa e previsão de cláusula de segurança nos termos de ajustamento de conduta (TACs). In: DE OLIVEIRA, Gustavo Justino (Coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (Org.). *Acordos Administrativos no Brasil: Teoria e Prática*. São Paulo: Almedina, 2020.

BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo; DE SOUZA, Ricardo Inglez; DELOSSO, Ana Fernanda Ayres. A Nova Dinâmica dos Acordos de Cessação de Práticas Anticoncorrenciais no Brasil. In: *Revista do IBRAC – Direito de Concorrência, consumo e Comércio Internacional*, vol. 23, jan.-jun./2013, p. 117-139.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Coordenação Luiz Manoel Gomes Júnior, equipe Gregório Assagra de Almeida (...) [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BUGALHO, Nelson Roberto. Instrumentos de controle extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e da recomendação em matéria de proteção do meio ambiente. In: *Revista de Direito Ambiental*, vol. 37, jan.-mar./2005.

CABRAL, Antônio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 35-66.

FERRAZ, Sérgio. Aspectos Processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa. In: *Improbidade Administrativa, Questões Polêmicas e Atuais*. 2001.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 2ª ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

A “crise da justiça” para a responsabilização por atos de improbidade administrativa e o Acordo de Não Persecução Cível como instrumento alternativo de tutela do patrimônio público pelo Ministério Público

_____. A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, nº 66, p. 29-82, out./dez. 2017.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Jûris, 2017.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Efetivação das condenações nas ações de responsabilização por improbidade administrativa: manual e roteiro de atuação* – 2ª ed. –. Brasília: MPF, 2019.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público: Comentários à lei de Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2000.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2ª ed. Madri: Tecnos, 1993.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005.

PAZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

PORTO SOARES, Marcos José; ARAÚJO PEREIRA, Alexandre. Distinção entre Corrupção, Improbidade Administrativa e a Má Gestão da Coisa Pública. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 959, set./2015, p. 55-69.

VALDÉS, Garzón. In: LAPORTA, Francisco J.; ÁLVAREZ, Silvina (Eds.). *La corrupción política*. Madrid, Alianza, 1997.

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. *A defesa da sociedade contra os atos de improbidade administrativa: análise crítica e desafios para a atuação eficiente do Ministério Público*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

_____. O patrimônio público como direito fundamental difuso e o ministério público como instrumento de sua proteção preventiva extrajurisdicional – aspectos teóricos e práticos. Escala de ação progressiva, *Revista do Conselho Nacional do Ministério Público: improbidade administrativa/Conselho Nacional do Ministério Público*. Brasília. CNMP, n. 5, 2015.

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro; ALMEIDA, Gregório Assagra de. A ação de improbidade administrativa como modalidade de ação civil pública: aplicabilidade dos princípios e das diretrizes interpretativas do direito processual coletivo no plano do processo que tem como objeto o combate aos atos de improbidade. In: ALMEIDA, Gregorio Assagra de; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo Cruz (Orgs.). *Ministério Público, constituição e acesso à justiça: abordagens institucional, cível, coletiva e penal da atuação do Ministério Público*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.



*Microsistema de
probidade administrativa
– Lei Anticorrupção*



AS NOMEAÇÕES DE “CALÍGULA” E A FORMAÇÃO DE SUA CORTE *

PETRUS C. VAN DUYNÉ**

Dentro de uma organização, dois processos sociais consolidam e conseqüentemente ampliam o avanço na direção da corrupção: a formação das chamadas “panelinhas” e o recrutamento injustificado de novos membros. Um líder não acostumado a agir honestamente foge de funcionários que possam ter idéias próprias. Ele necessita de um círculo fechado de bajuladores⁽¹⁾ para seus monólogos diários, assim como os senhores feudais precisavam de cortesãos ao seu redor para escutá-los. Dentro desse círculo fechado, desenvolve-se um sistema de privilégios. Para receber tais benesses, tem-se que, de alguma forma, gostar do chefe, compartilhar de suas idéias, gostos e/ou valores e, o que é muito importante, rir de suas piadas. As chances de uma determinada pessoa ser promovida e passar a fazer parte desse círculo fechado aumentam se ela demonstrar alguma habilidade real de, acima de tudo, evitar riscos oriundos de atitudes independentes. Esse grupo fechado de organização cresce como uma corte⁽²⁾. Seus integrantes possuem as mesmas opiniões e preconceitos, particularmente sobre os “outros” – aqueles que se encontram em uma hierarquia inferior ou fora do grupo.

Essas “panelinhas” produzem conseqüências sociais e psicológicas muito abrangentes. Uma tendência em parecer obediente poderá ser um traço dominante na seleção de pessoal. A adoção das mesmas atitudes, refletida em sentimentos e valores, torna-se evidente nos mecanismos de seleção, sendo aplicada tanto sobre os novos membros quanto sobre o pessoal de nível inferior

*Tradução de Damásio de Jesus: excertos do original *Will Caligula go transparent? (Corruption in acts and attitudes)*, de PETRUS C. VAN DUYNÉ, publicado no *Forum on Crime and Society*, Viena, United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention, Centre for International Crime Prevention, vol. 1, n. 2, p. 89-95, December 2001.

**Professor da Tilburg University, Holanda.

⁽¹⁾Nota do tradutor: no original, “yes-men”, que significa, literalmente, “homens que só dizem sim”, pessoas que sempre concordam com seu superior (MICHAELIS, *Dicionário Ilustrado*, São Paulo, Melhoramentos, 1994).

⁽²⁾Nota do tradutor: corte, conjunto de pessoas que habitualmente cercam um soberano; conjunto de pessoas que cercam outra, procurando agradá-la (AURÉLIO).

já existente. Para os membros do segundo escalão de gerenciamento, responsáveis pelos principais acontecimentos na organização, esse modelo negativo pode ser altamente contagioso. Entre esses “gerentes”, a lealdade à organização tende a desaparecer para ser posteriormente substituída pelo desejo de obter uma fatia dos espólios e privilégios. Essa situação na gestão de recursos humanos provavelmente leva à perda de um dos mais importantes padrões da tomada de decisões, qual seja, o padrão de recrutamento, que supostamente serviria para salvaguardar sua qualidade.

Nesse contexto, fatalmente acaba ocorrendo o fenômeno do favoritismo. O líder encontra-se em uma posição de “premiar” as pessoas conforme a sua vontade ou de nomear alguém de fora, porque deseja conceder um favor ou, o que é pior, pagar um favor. Conseqüentemente, pode-se testemunhar aquilo que se denomina “nomeações de Calígula”⁽⁵⁾: de acordo com a lenda, o Imperador Calígula, o “dono” do Império Romano, nomeou seu cavalo Incitatus Cônsul de Roma. Da mesma forma, o “chefe-proprietário” sente-se livre para indicar ou nomear quem ele desejar, independentemente de sua capacidade. A qualidade dos nomeados ou indicados, geralmente, e na melhor das hipóteses, é medíocre, na medida em que as pessoas capazes tendem a se tornar criadoras de problemas, a menos que sua falta de espinha dorsal ética seja maior do que o seu talento.

Fazendo a limpeza a partir de cima: transformando “Calígula” em uma pessoa honesta

Nas seções anteriores, a corrupção foi caracterizada como uma moléstia da liderança. Caso essa observação esteja correta, pode responder à questão *onde começar*. O combate e a prevenção da corrupção devem ter início por meio da concentração de esforços preventivos e repressivos sobre atos e atitudes dos níveis mais altos da liderança pública e privada, como foi feito com sucesso em Cingapura⁽⁶⁾. Uma escada tem de ser limpa de cima para baixo. Os princípios que devem ser aplicados, quais sejam, transparência e probidade, são regras simples e básicas de administração para abordar não apenas a corrupção mas também qualquer forma de liderança arbitrária e perdulária. Sobre esses princípios, e outros a eles relacionados, existe um alto grau de previsível concordância entre os especialistas, como demonstrou HUBERTS em 1998. O problema não é a falta de princípios e regras, mas, sim, a sistemática não-observância deles.

Princípios anticorrupção têm sido amplamente adotados. Visando evitar acordos duvidosos e promover transparência (e incrementar a sua imagem pública), muitas corporações multinacionais elaboraram códigos de conduta⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ VAN DUYN, 1996.

⁽⁶⁾ QUAH, 1994.

⁽⁷⁾ KAPTEIN e WEMPE, 1995.

Em países com democracia parlamentar, a transparência deve ser garantida pelo controle político do Parlamento. Esse é um avanço interessante. De ver-se, contudo, que a falta de resistência é de interesse igual ou maior.

Quando a corrupção é também uma atitude, será que “Calígula”, sua personificação, tornar-se-á honesto?

É difícil responder a essa questão inequivocadamente. Existem sólidas razões para não ser otimista. Depois do movimento inovador iniciado por van Buitenen em 1999 e a subsequente queda política⁽⁸⁾, a Comissão Européia sugeriu medidas visando aumentar o número de documentos políticos a serem considerados de publicidade restrita. Como resultado, houve uma crítica maior ainda à Comissão devido à sua falta de transparência. Digno de nota que apenas os menores Estados membros fizeram objeção. Existe uma forte tendência entre as pessoas que tomam decisões importantes de abrirem exceções. Por exemplo: durante uma reunião anticorrupção com autoridades policiais, um membro da “equipe de confiança”, que lidava com relatórios confidenciais sobre conduta policial duvidosa, informou que ele não tinha permissão para trabalhar com relatórios sobre pessoas que ocupavam posições de inspetor e outras de maior graduação. Caso não sejam apresentadas boas razões, tais exceções podem fazer crescer a área de proliferação da corrupção de liderança: a erosão da responsabilidade, a sensação de “propriedade” entre os detentores de cargos (“favor não meter o nariz nos meus negócios!”), o “estabelecimento de uma corte” pelas autoridades que pensam da mesma maneira e “nomeações Calígula” de bajuladores dentro do grupo de detentores de posições. Dependendo dos interesses (ocultos) compartilhados, mesmo o guardião da Democracia, o Parlamento, pode vir a vacilar. Esse é precisamente o caso quando atos governamentais corruptos ou questionáveis põem em risco a posição do partido governante. No Reino Unido, o Partido Conservador tolerou uma boa quantidade de desleixo, exceto as escapadas sexuais de alguns dos Ministros do Gabinete de Major. O Parlamento belga funcionou durante décadas como um tapete sob o qual muitos atos de corrupção foram varridos. Somente durante a segunda metade dos anos 90, após o caso Agusta-Dassault e a repugnância do povo causada pelo caso Dutroux, os políticos começaram a ficar agitados⁽⁹⁾.

Os aspectos preventivos da limpeza de cima para baixo e o seu potencial de fazer com que “Calígulas” tornem-se honestos, ou de mantê-los acuados, foram muito negligenciados. Esse potencial preventivo só pode ser aprimorado quando os membros de uma organização vierem a concordar sobre o *que* constitui comportamento indesejável e desonesto e também vierem a concordar a respeito das formas de conduta que podem conduzir à venalidade e quando derem guarida a uma rigorosa obediência a essa constatação. Isso irá gerar um clima

⁽⁸⁾ MACMULLEN, 1999.

⁽⁹⁾ As três principais personalidades do Partido Socialista belga, quais sejam, Claes, Spittaels e Coeme, bem como 11 co-réus, foram, finalmente, condenados por corrupção em 23 de dezembro de 1998.

em que as pessoas ousarão denunciar comportamentos indesejáveis⁽¹⁰⁾. É recomendável para formas menores de corrupção, mas denunciar comportamento indesejável da administração freqüentemente requer um informante ousado.

A mídia desempenha importante papel na promoção de um clima favorável em que o informante será ouvido em vez de ser sacrificado. Não obstante a mídia com freqüência seja acusada de sensacionalismo e falta de escrúpulos, prejudicando a reputação das pessoas, alguns de seus membros se fazem de surdos mesmo quando a corrupção e o abuso são de conhecimento público. Não há uma resposta simples para a questão de quando e como a mídia deva expor condutas reprováveis, mas o impacto social de um escândalo pode vir a ser gigantesco⁽¹¹⁾. De ver-se, entretanto, que nada pode mitigar melhor esse efeito do que a situação caracterizada pelo fato de os meios de comunicação se encontrarem nas mãos de homens de negócios e políticos questionáveis. O caso do magnata da mídia Berlusconi pode servir como um aviso. A diferença entre a Itália e os países do Norte Europeu é gritante. Em nenhum país do Norte Europeu, uma figura pública acusada de corrupção poderia permanecer no cargo ou mesmo na política. Mesmo assim, Berlusconi ainda pôde contar com um número considerável de eleitores. Em outras regiões, como o Reino Unido, onde a mídia também está nas mãos de poucos, a situação deveria ser observada com grande interesse. A mídia não deve se tornar uma tela onde novos "Calígulas" possam esconder-se.

⁽¹⁰⁾ GORTA e FORELL, 1995.

⁽¹¹⁾ KJELBERG, 1994.

Papel do Ministério Público na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)

Eduardo Cambi*

"A corrupção é, conjuntamente com o crime organizado ligado sobretudo ao tráfico da droga e ao branqueamento do dinheiro, a grande criminalidade desse terceiro período (crise do Estado-Providência) e coloca os tribunais no centro de um complexo problema de controle social."¹

Sumário

Introdução. 1. Bem Jurídico Protegido pela Lei 12.846/2013. 2. A Defesa dos Interesses Difusos pelo Ministério Público. 3. A Lei 12.846/2013 no Contexto do Sistema Jurídico. 3.1. A Lei 12.846/2013 e os Tratados e Convenções Internacionais. 3.2. A Lei 12.846/2013 em face da Constituição Federal. 3.3. A Interpretação Sistemática da Lei 12.846/2013 com as Leis 8.429/92, 8.666/93 e 12.462/2011. 4. A Atuação do Ministério Público na Lei 12.846/2013. 4.1. Considerações Iniciais. 4.2. Responsabilização na Esfera Administrativa. 4.3. Responsabilização na Esfera Judicial. 5. Conclusões. Referências Bibliográficas.

Resumo

Este artigo busca analisar o papel do Ministério Público diante das inovações implementadas no combate à corrupção com o advento da Lei 12.846/2013. A inserção da nova Lei dentro do ordenamento jurídico, bem como os possíveis conflitos com as normas vigentes, também são objeto deste estudo. A Lei Anticorrupção, como já vem sendo chamada, apresenta a possibilidade de responsabilização objetiva da pessoa jurídica pelos atos ilícitos praticados contra a Administração Pública. Também é reforçado o papel do Ministério Público como instituição responsável pela proteção do patrimônio público.

* Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria Geral de Justiça do Paraná. Coordenador Estadual do Movimento Paraná Sem Corrupção. Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Controle da Gestão Pública do Paraná. Assessor de Pesquisa e Política Institucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. Representante da Secretaria de Reforma do Judiciário na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). Coordenador do Grupo de Trabalho de Combate à Corrupção, Transparência e Controle Social da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Diretor Financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR).

¹ SANTOS, Boaventura de Souza, MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista brasileira de ciências sociais*, vol. 30. p. 39.

Abstract

This article pursues to analyze the role of public prosecution in spite of innovations implemented in combating corruption with the enactment of Law No. 12.846/2013. The insertion of the new law within the legal framework as well as possible conflicts with existing regulations, are also the subject of this study. The Anti-Corruption Law, as has already been called, presents the possibility of objective liability of the corporation for unlawful acts committed against the public administration. Also be enhanced the role of the prosecutor as the institution responsible for the protection of public property.

Palavras-chave

Ação Civil Pública. Administração Pública. Combate à Corrupção. Dinheiro Público. Inquérito Civil. Interesses Difusos. Lei 12.846/2013. Lei Anticorrupção. Ministério Público. Pessoa Jurídica. Responsabilidade Objetiva. Processo Administrativo. Processo Civil. Recursos Públicos.

Keywords

Public Civil Action. Public Administration. Combating Corruption. Public Money. Civil Survey. Diffuse Interests. Law n. 12.846/2013. Anticorruption Law. Prosecution. Corporate. Responsibility Objective. Administrative Procedure. Civil Procedure. Public Resources.

Introdução

Estima-se, conforme dados da Federação das Indústrias de São Paulo (FIESP), que o custo da corrupção, no Brasil, fica entre R\$ 41,5 e R\$ 69,1 bilhões por ano². Isto representa entre 1,38% e 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB).

Dentre os 176 (cento e setenta e seis) países pesquisados pela Organização Não Governamental alemã, Transparência Internacional, no ano de 2012, o Brasil ficou na 69ª posição, com o Índice de Percepção da Corrupção em 43 (quarenta e três) pontos. Tal índice pontua os países em uma escala de 0 (muito corrupto) a 100 (muito íntegro). Embora o Brasil tenha a sétima maior economia do mundo, possui índices de corrupção piores que países como Uruguai e Chile (72 pontos) ou a Namíbia (48 pontos).

A corrupção prejudica o desenvolvimento nacional retirando da educação, da saúde e da segurança pública recursos indispensáveis para a melhoria da qualidade de vida do povo brasileiro.

A Lei 12.846/2013, também denominada de Lei Anticorrupção, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos

² http://www.brasileconomico.com.br/noticias/corruptao-no-brasil-custa-ate-r-691-bilhoes-por-ano_82676.htm. Acesso em 09.08.2013.

contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Busca sancionar a pessoa jurídica ou o grupo econômico que pratica atos lesivos ao patrimônio público, coibindo e desincentivando a prática da corrupção.

A preocupação se mostra legítima frente à dificuldade da responsabilização das pessoas jurídicas por atos lesivos contra o erário público. Até o advento da Lei 12.846/2013, as punições às fraudes a licitações e contratos administrativos, o oferecimento de promessa a agentes públicos, a utilização de interposta pessoa para ocultar ou dissimular a identidade dos beneficiários dos atos praticados, a criação irregular de empresa para participar de licitações ou contratos administrativos, além de outros atos de corrupção, se circunscriam a responsabilização subjetiva do agente³. A necessidade da comprovação do dolo ou da culpa dificultava a produção da prova, tornava morosos os processos judiciais⁴ e, consequentemente, aumentava a impunidade dos corruptos⁵.

A nova lei busca com a aplicação da responsabilidade objetiva a correção da deficiência do velho conceito clássico da culpa⁶, nitidamente superado pelas novas necessidades do direito na sociedade globalizada e de massas.

A responsabilização, civil e administrativa, objetiva das pessoas jurídicas por atos contrários à Administração Pública, independe da responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de quaisquer outras pessoas naturais que tenham concorrido ou participado da prática do ato ilícito.

Houve, também, a preocupação com a possibilidade da desconsideração administrativa da personalidade jurídica nos casos em que ela é utilizada para prática de atos lesivos tipificados em lei ou com abuso de direito ou confusão patrimonial.

O Ministério Público, por ser uma instituição voltada à proteção do patrimônio público, precisa compreender e bem aplicar a Lei 12.846/2013 para, juntamente com outros instrumentos jurídicos constantes em leis, que estimulam a proatividade – como a da improbidade administrativa (Lei 8.429/92), a das licitações e contratos da Administração Pública (Lei 8.666/93) e a da ação civil pública (Lei 7.347/85) – minimizar os efeitos nocivos da corrupção na sociedade brasileira.

1. Bem Jurídico Protegido pela Lei 12.846/2013

A Lei 12.846/2013 procura proteger a noção de república e o patrimônio público. Define os atos lesivos à Administração Pública, nacional e estrangeira, as

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 901.

⁴ ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; ROCHA, Iggor Gomes; REIS, Felipe Andres Pizzato. *Combate à corrupção nas licitações e contratos públicos: questões centrais do Projeto de Lei nº 6.826/2010*. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles, GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito da Infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Pág. 162.

⁵ FERNANDES, Antonio Scarance; ESSADO, Thiago Cintra Essado. *Corrupção: aspectos processuais*. *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 89, Mar/2011, p. 471.

⁶ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974. p.104.

sanções correspondentes à responsabilidade administrativa e civil, bem como as técnicas processuais e instrumentos para inibir e reprimir os atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas infratoras.

A corrupção, como asseverado, resulta em sérios problemas para o país. Comportamentos ilegais culminam em redução do pagamento de tributos, não ingresso de receitas, má gestão e desperdício de dinheiro público. Com isto, torna-se mais difícil a proteção dos direitos fundamentais sociais⁷, com a redução de investimentos em políticas públicas, o que prejudica toda a população e, em especial, aquela mais vulnerável⁸.

A corrupção é causa determinante da pobreza brasileira, pois corrói a dignidade do cidadão, deteriora o convívio social, arruína os serviços públicos e compromete a vida das gerações atuais e futuras.⁹

De forma imediata, os bens econômicos atingidos pela corrupção pertencem ao Estado. Contudo, de forma mediata, é a coletividade – sobretudo, as comunidades carentes, por dependerem mais de serviços públicos de qualidade – que é efetivamente atingida.

Portanto, a corrupção atinge um bem jurídico difuso, na medida em que lesiona bens públicos de interesse geral, não se vinculando, especificamente, a uma vítima individualizada. Enfim, atinge toda a sociedade, ao retirar recursos das políticas públicas indispensáveis à efetiva proteção dos direitos fundamentais sociais.¹⁰⁻¹¹

2. A Defesa dos Interesses Difusos pelo Ministério Público

A Constituição Federal, no artigo 127, *caput*, incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e, no artigo 129, inc. III, afirma, expressamente, que lhe cabe a proteção dos interesses difusos¹²:

⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes. A corrupção como desvio de recursos público (A agressão da corrupção aos direitos humanos). *Revista dos tribunais*, vol. 820, fevereiro de 2004, p.45.

⁸ "O fenômeno da corrupção (...) molesta o corpo e a alma de milhares de brasileiros, excluídos, sobreviventes do egoísmo. Segundo o BIRD, a corrupção mundial causa um prejuízo de 3 (três) trilhões de dólares por ano (...). No Brasil, um dos maiores responsáveis por grande parte desse desvio criminoso, a situação ganha conotações dramáticas. Uma estrutura de dominação patrimonial, ainda viva e sólida, privilegia a si própria, resultando na riqueza de poucos e na desgraça de muitos. Escolas desestruturadas, hospitais abandonados, trabalhos escravos, prisões domiciliares decretadas pelo medo e pela insegurança, enfim, a corrupção gera o caos social, a desestabilidade econômica e a insegurança política" (Affonso Ghizzo Neto. *Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 181).

⁹ TREVISAN. Antoninho Marmo; CHIZZOTTI, Antonio; LANHEZ, João Alberto; CHIZZOTTI, José; VERILLO, Josmar. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. São Paulo: Uol, 2003, p. 17.

¹⁰ ARAUJO, Felipe Dantas. Corrupção e novas concepções de direito punitivo: rumo a um direito de intervenção anticorrupção? *Revista de direito internacional*, vol.8, n.2, jul/dez 2011, p. 211.

¹¹ "os atos de improbidade administrativa violam interesse difuso da coletividade, eis que revelam condutas que, no plano concreto, atingem interesse do povo, na medida em que comprometem seriamente o bom funcionamento da Administração Pública e, conseqüentemente, a obrigação do Estado no cumprimento das prestações sociais, fundamentais para a boa qualidade de vida da população" (MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípio do juiz natural e sua aplicação na Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2006, p. 195).

¹² "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação

A Constituição Federal conferiu ao Ministério Público a função de garantidor dos direitos fundamentais, atribuindo-lhe um dever ético-político de agir para a defesa e a construção da democracia substantiva¹³.

O Ministério Público, como instituição garantidora do princípio constitucional da moralidade administrativa, deve combater a improbidade, investigando os corruptos e os corruptores, buscando a sua punição e zelando pela promoção do direito fundamental a governos honestos, como corolário do regime republicano¹⁴.

O Ministério Público possui instrumentos operacionais, como o inquérito civil e a ação civil pública, para defesa e garantia do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos.

Por meio do inquérito civil, pode promover a investigação dos atos de corrupção, tendo como finalidade a coleta de elementos seguros para demonstrar sua materialidade, assim como indícios de autoria. Já a ação civil pública constitui instrumento constitucional repressivo para defesa judicial dos direitos fundamentais.

Esses dois mecanismos possibilitam ao Ministério Público promover a investigação, buscar a responsabilização dos agentes corruptores e a reparação integral dos prejuízos causados.

Tal tese foi corroborada pelos Tribunais Superiores na Súmula 329/STJ¹⁵ e na orientação jurisprudencial reiterada do Supremo Tribunal Federal¹⁶.

A importância do Ministério Público no combate à corrupção ganha relevo na sociedade brasileira tão carente de instituições capazes de defender a coisa pública contra atos reiterados de dilapidação do patrimônio público. Com efeito, cabe ao Ministério Público, como defensor do regime democrático, contribuir com

civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

¹³ GOULART, Marcelo Pedrosa. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 107-121.

¹⁴ “(...) o Ministério Público (na condição de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado [art. 127, da CF 88] e com as prerrogativas que lhe foram conferidas pelo sistema constitucional vigente) constitui autêntica garantia institucional fundamental e, por esta razão, encontra-se protegido inclusive contra eventual supressão ou esvaziamento de suas garantias e atribuições por parte do poder de reforma constitucional” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 197). Verificar, ainda: MOURA, Angela Giovanini. A atuação do Ministério Público no combate à corrupção: oportunidade de resgate da cidadania. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, vol.12, n.23, jan/jun 2011; BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política. Uma patologia social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 227-228.

¹⁵ “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

¹⁶ AI 748934 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 07-06-2013 PUBLIC 10-06-2013; AI 730619 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 14/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2013 PUBLIC 01-08-2013; AI 856962 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-073 DIVULG 18-04-2013 PUBLIC 19-04-2013; AI 837555 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 28-03-2012 PUBLIC 29-03-2012.

o processo de emancipação da cidadania no Brasil, seja promovendo a educação para o exercício dos direitos e dos deveres – estimulando a formação e a atuação eficiente de Conselhos Sociais¹⁷, realizando audiências e consultas públicas, induzindo a formulação de políticas públicas, exigindo transparência do poder público e controlando a execução orçamentária – seja investigando e buscando a responsabilização daqueles que se beneficiam da corrupção, mas que não raro ficam impunes (aliás, dados do Departamento Penitenciário Nacional, de maio de 2013, afirmam que menos de 1% da população carcerária brasileira cumpre pena por crimes contra a Administração Pública)¹⁸.

3. A Lei 12.846/2013 no Contexto do Sistema Jurídico

3.1. A Lei 12.846/2013 e os Tratados e Convenções Internacionais

No âmbito internacional, a Lei 12.846/2013 está em perfeita harmonia com as diretrizes e propósitos dos Tratados e Convenções Internacionais promulgados pelo Brasil.

Destaca-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que se preocupa em promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficientemente a corrupção, dispondo, em seu artigo 12.1, que os Estados Partes devem adotar medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como prever sanções civis, administrativas e penais eficazes¹⁹.

A Lei 12.846/2013 também está em sintonia com a Convenção Interamericana contra a Corrupção, cujo propósito é promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção²⁰.

Ainda no âmbito internacional, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais estabelece, no artigo 2º, que cada parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos²¹.

¹⁷ BERCLAZ, Márcio Soares. A natureza político-jurídica dos Conselhos Sociais no Brasil: uma leitura a partir da política da libertação e do pluralismo jurídico. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná em 08 de março de 2013. p. 316-329.

¹⁸ <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,acoes-anticorruptao-aumentam-prisoes-por-crimes-contra-gestao-publica-no-pais,1028520,0.htm>. Acesso em: 13.08.2013.

¹⁹ BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Entrou em vigor: 14 de dezembro de 2005.

²⁰ BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". Entrou em vigor: 03 de junho de 1997.

²¹ BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais,

3.2. A Lei 12.846/2013 em face da Constituição Federal

Deve-se verificar se as regras trazidas pela Lei 12.846/2013 respeitam os direitos e as garantias consagradas na Constituição Federal.

Inicialmente, deve-se observar o conteúdo do artigo 5º, incisos XLV e XLVI da Constituição Federal, pelos quais nenhuma pena será passada da pessoa do condenado e que cabe à lei individualizar a pena²².

A Lei 12.846/2013 não viola tais direitos fundamentais que estão voltados precipuamente à responsabilização criminal. A nova lei não trata da responsabilidade penal da pessoa jurídica, não obstante tal tema não seja estranho ao direito brasileiro, pois a Constituição Federal, expressamente, permite tal responsabilização para crimes praticados contra a ordem econômica e financeira (art. 173, par. 5º) e para os crimes ambientais (art. 225, par. 3º). A nova lei anticorrupção responsabiliza objetivamente a pessoa jurídica, independentemente da responsabilização subjetiva, isto é, sem a demonstração do dolo ou da culpa, dos dirigentes ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (art. 3º). Não se pode afirmar que a responsabilização objetiva da pessoa jurídica implicaria a penalização dos sócios, pois estes são atingidos apenas pelos efeitos fáticos e jurídicos da condenação²³. A responsabilização civil e administrativa objetiva da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual e seus dirigentes ou administradores que serão responsabilizados por atos ilícitos somente na medida de sua culpabilidade.

Além disso, a Lei 12.846/2013 admite a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica quando a pessoa jurídica for utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios. Essa teoria está voltada a corrigir os desvios de finalidade da pessoa jurídica, permitindo que o Judiciário repare os atos emulativos causados por aqueles que se serviram da autonomia e da capacidade do ente moral para obter vantagens ilícitas²⁴.

concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Entrou em vigor: 23 de outubro de 2000.

²² "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (...) XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos".

²³ "Nem se diga que a sanção contra a pessoa jurídica quebraria a pessoalidade da pena, na medida em que atingiria seus sócios. Trata-se de um raciocínio equivocado, porque os sócios só são atingidos pelos efeitos fáticos e jurídicos da condenação (...). Isso decorre da própria personalidade jurídica dos 'entes morais' e da clara e inequívoca separação entre as figuras da pessoa jurídica e de seus integrantes. (...) O Direito Administrativo Sancionador não possui, portanto, um regime jurídico unitário para pessoas físicas e jurídicas, porque há uma clara ruptura dessa suposta unidade no requisito da culpabilidade (...)" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: RT, 2009. p. 380-381).

²⁴ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito

A *disregard theory* ou *disregard of the legal entity* é amplamente difundida no ordenamento jurídico brasileiro (v.g., arts. 28 da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, 18 da Lei 8.884/94 – Lei Antitruste, 50 do Código Civil e 4º da Lei 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais) e tem sido aplicada extensivamente, mesmo para hipóteses não expressamente contempladas na legislação específica, como ocorre em relação à improbidade administrativa, onde os sócios das empresas também podem figurar no polo passivo da relação processual, quando a pessoa jurídica for instrumento para a prática de ilícitos e os sócios verdadeiros responsáveis pela ilicitude, se beneficiarem, direta ou indiretamente, dos desvios dos recursos públicos. Também será possível, no campo da improbidade administrativa, a aplicação da teoria da *desconsideração inversa*, isto é, quando se desconsidera a personalidade jurídica da sociedade para alcançar bens da própria sociedade, em decorrência de atos praticados por terceiros (os sócios)²⁵. Isto pode ocorrer quando o sócio, responsável pela lesão ao erário, se utiliza da sociedade como escudo protetor, transferindo seus bens pessoais para a sociedade, para tornar ineficaz possível condenação judicial, ou quando o ato de improbidade é cometido por grandes conglomerados empresariais geridos pela mesma pessoa ou pelo mesmo grupo, quando a vontade da pessoa jurídica se confunde com a de seu controlador²⁶.

Por outro lado, a previsão de outras sanções, como a dissolução compulsória da pessoa jurídica (art. 19, inc. III, da Lei 12.846/2013) não fere o disposto no artigo 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal que prevê a imposição de penas, para hipóteses criminosas, mas, ainda assim, em caráter exemplificativo. Ademais, tal instituto não é estranho ao Direito Empresarial (art. 1.033, inc. V, do Código Civil).

No entanto, é preciso testar a constitucionalidade do artigo 25 da Lei 12.846/2013, ao prever que prescrevem em cinco anos as infrações previstas nesta lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. E o seu parágrafo único completa, dizendo que, na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

Tal regra precisa ser interpretada a luz do artigo 37, par. 5º, da Constituição Federal que torna imprescritível as ações de ressarcimento para os ilícitos praticados por agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário²⁷. Este artigo 37, par.

do consumidor: um estudo de direito civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 243-278.

²⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 645.

²⁶ Idem. *Ibidem*.

²⁷ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 392-403; FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 246. A propósito da exegese do artigo 37, par. 5º, da CF, pacífica é a orientação do Supremo Tribunal Federal: RE 646741 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/10/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 19-10-2012 PUBLIC 22-10-2012; STF, AI 712435 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 13/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 11-04-2012 PUBLIC 12-04-2012 RT v. 101, n. 921, 2012, p. 670-674; STF, RE 578428 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 13/09/2011, DJe-216 DIVULG 11-11-2011 PUBLIC 14-11-2011 EMENT VOL-02625-02 PP-00177.

5º, da Constituição Federal constitui uma regra excepcional para a proteção do patrimônio público. Contudo, não se refere apenas a danos causados por pessoas físicas, utilizando-se da expressão “qualquer agente”, que deve abarcar as pessoas jurídicas que geram prejuízo ao erário público.

Logo, o artigo 25 da Lei Anticorrupção não pode ser aplicado para impedir a reparação integral dos danos causados, fazendo incidir a prescrição, tão somente, sobre as demais sanções às pessoas jurídicas infratoras, contidas no artigo 19 (suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos)²⁸.

3.3. A Interpretação Sistemática da Lei 12.846/2013 com as Leis 8.429/92, 8.666/93 e 12.462/2011

A Lei 12.846/2013 não gera antinomias jurídicas com as leis de improbidade administrativa e as que regem as licitações e os contratos administrativos, na medida em que seu artigo 30 assevera que a aplicação das sanções previstas nesta lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/92, e dos atos ilícitos alcançados pela Lei 8.666/93 ou outras formas de licitações e contratos com a Administração Pública, inclusive no tocante ao regime diferenciado de contratações públicas – RDC instituído pela Lei 12.462/2011.

Com a finalidade de harmonizar as diferentes leis que tratam de assuntos semelhantes, é indispensável se valer da *interpretação sistemática* das regras jurídicas de combate à corrupção. Este método interpretativo permite buscar o significado das normas jurídicas em sintonia com os demais princípios e regras que integram o ordenamento jurídico, o que torna possível ao exegeta extrair a *máxima unidade do sistema*²⁹, dando maior segurança e confiabilidade às normas, pois se evitam contradições e incongruências³⁰.

²⁸ *Mutatis mutandis*, essa tem sido a orientação do Superior Tribunal de Justiça em relação à interpretação do artigo 12 da Lei 8.429/92: “A aplicação das sanções previstas no art. 12 e incisos da Lei 8.429/92 se submetem ao prazo prescricional de 05 (cinco) anos, exceto a reparação do dano ao erário, em razão da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória (art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988). Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1038103/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; REsp 1067561/AM, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ de 27/02/2009; REsp 801846/AM, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ de 12/02/2009; REsp 902.166/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; e REsp 1107833/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJ de 18/09/2009” (EDcl no REsp 716.991/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, Dje 23/06/2010). Conferir, ainda: REsp 1312071/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, Dje 22/05/2013.

²⁹ “A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas. Em bela passagem, registrou Capogrossi que a interpretação não é senão a afirmação do todo, da unidade diante da particularidade e da fragmentariedade dos comandos singulares” (Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 128).

³⁰ “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe

Tanto a Lei 12.846/2013 quanto a Lei 8.429/92 se preocupam em tutelar a moralidade administrativa. Verifica-se, pelos artigos 1º e 2º, desta legislação que a intenção é punir os atos praticados por qualquer agente público. Todavia, o seu artigo 3º acrescenta que suas disposições são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sobre qualquer forma direta ou indireta. Dessa maneira, tal regra admite que pessoas jurídicas figurem no polo passivo da ação civil pública por improbidade administrativa, bem como contempla – tal como está no artigo 942/CC – a responsabilidade civil solidária dos agentes públicos e de terceiros na obrigação de indenizar³¹. Assim sendo, por exemplo, se recursos públicos são incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica, por força do artigo 3º da Lei 8.429/92, o ente moral, quando induz, concorre ou se beneficia, pode ser sujeito ativo do ato de improbidade administrativa e responder a ação civil pública respectiva³². Caso venha a ser condenada, serão aplicadas, no que couber, as sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, podendo as empresas ficar sujeitas, isolada ou cumulativamente, além da obrigação de reparar os danos, à multa civil, proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios³³.

A diferença entre a Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade Administrativa é que a responsabilização civil da pessoa jurídica por danos decorrentes de atos de improbidade administrativa depende da demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para as hipóteses previstas nos artigos 9º (enriquecimento ilícito) e 11 (violação de princípios administrativos), ou, pelo menos, pela culpa, para a caracterização dos atos de improbidade contidos no artigo 10 da Lei 8.429/92 (prejuízo ao erário público)³⁴.

Porém, ao prever tal forma de responsabilização objetiva, a Lei 12.846/2013 não destoia da técnica contemplada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal³⁵,

ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Por isso insisto em que o texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. As normas – afirma Bobbio – só têm existência em um contexto de normas, isto é, no sistema normativo” (Eros Roberto Grau. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 128).

³¹ CERQUEIRA, Luís Otávio *et allii*. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo, RT, 2010. p. 59.

³² BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92*. São Paulo: RT, 2007. p. 258; SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa. Teoria e prática*. Leme: J. H. Mizuno, 2011. p. 677-679; SOUZA, Patrícia Verônica Nunes de Carvalho Sobral de. *Corrupção e improbidade. Críticas e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 84. Não destoia desse entendimento a orientação do Superior Tribunal de Justiça: REsp 970.393/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012; STJ, REsp 886.655/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 08/10/2010; STJ, REsp 1122177/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 27/04/2011.

³³ STJ, EDcl no AgRg no REsp 1314061/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013.

³⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. Cit. p. 222.

³⁵ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

quando trata da responsabilização das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos causados por seus agentes a terceiros, bem como no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil³⁶. Com efeito, nos casos de responsabilidade objetiva, o agente somente se exime da responsabilidade se não ficar caracterizado o nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o dano. Em outras palavras, não há responsabilidade objetiva quando o agente não produziu a lesão, que lhe é imputada, ou se a situação de risco inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a ocorrência do dano³⁷.

A Lei 12.846/2013, ao tornar a responsabilidade civil e administrativa objetiva, facilita a responsabilização da pessoa jurídica, uma vez que basta ao autor demonstrar a prática do ato ilícito e do seu nexo de causalidade com os prejuízos causados. É, pois, ônus da prova do demandado comprovar as causas excludentes do nexo causal³⁸.

No entanto, com o intuito de evitar a violação do postulado do *non bis in idem*, a mesma sanção não poderá ser aplicada duas vezes para o mesmo fato, ainda que possa ter repercussões diversas. Assim, poderá restar prejudicada, total ou parcialmente, a ação civil pública de responsabilização civil da pessoa jurídica, se a sanção já tiver sido aplicada na decisão judicial que reconhece definitivamente a prática de improbidade administrativa, ou vice-versa.

Ademais, a Lei Anticorrupção, como bem reconhece o seu artigo 30, inc. II, não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ilícitos alcançados pelas regras que versam sobre licitações e contratos da Administração Pública. Assim, as sanções administrativas e/ou criminais contidas no Capítulo IV da Lei 8.666/93 (Lei Geral de Licitações) ou da Seção V, do Capítulo I, da Lei 12.462/2011 (regime diferenciado de contratações públicas) não ficam excluídas. Por exemplo, o artigo 47, inciso V, da Lei 12.462/2011 preceitua que ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato. Por sua vez, o artigo 5º, inciso IV, letra "d", da Lei 12.846/2013 conceitua como ato lesivo à Administração Pública, nacional ou estrangeira, fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente. Esta Lei Anticorrupção, ao tratar da responsabilização administrativa, no artigo 6º, prevê três sanções distintas, quais sejam: a aplicação de multa, no valor

³⁶ "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 829.

³⁸ Assim, tem decidido o STJ, ao aplicar a teoria da responsabilidade objetiva, em relação ao Código de Defesa do Consumidor: REsp 1281742/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 05/12/2012; AgRg no Ag 1375928/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 21/08/2012; AgRg no REsp 1220998/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 21/08/2012; REsp 721.091/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2005, DJ 01/02/2006, p. 567.

de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, a publicação extraordinária da decisão condenatória, e a obrigação de reparação integral do dano causado. Perceba-se que ambas as leis devem ser compatibilizadas, para que o valor da multa imposta observe os parâmetros dos artigos 6º, inc. I, e 7º da Lei 12.846/2013, mas também que incida o impedimento para licitar e contratar contido no artigo 47 da Lei 12.462/2011.

Apesar de a Lei 8.666/1993 e outras leis que versam sobre o tema das licitações e contratos administrativos, como a Lei 12.846/2013, já preverem sanções administrativas, a Lei Anticorrupção apresenta um complemento a esta previsão por meio de um novo rol de condutas passíveis de responsabilização objetiva, pela via administrativa, da pessoa jurídica. Assim, as empresas que atentarem contra o patrimônio público, nacional ou estrangeiro, ou os princípios da Administração Pública, ou, ainda, os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil passam a ser responsabilizadas civil e administrativamente, de forma objetiva, por seus atos. Isto sem prejuízo da aplicação de outras penalidades previstas nas demais leis que versam sobre o tema das licitações e contratos administrativos, embora nestas a aplicação das sanções dependa da comprovação do dolo ou da culpa.

Ainda que, nas sanções administrativas previstas no artigo 6º da Lei 12.846/2013 e nas sanções judiciais arroladas no artigo 19 da mesma lei, o legislador não tenha incluído a penalidade de impedimento da pessoa jurídica infratora de licitar e contratar com o Poder Público, por determinado prazo, tal efeito pode ser considerado natural e decorre de uma leitura mais atenta da Lei Anticorrupção que criou o Cadastro Nacional de Empresa Punidas – CNEP (art. 22) justamente para dar publicidade e inibir que essas empresas voltem a contratar com órgãos ou entidades públicos.

Entretanto, tal interpretação esbarra no princípio da estrita legalidade, pelo qual não se pode impor sanções sem a prévia previsão legal (*nullum crimen, nulla poena, sine previa lege*). Afirma o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Não obstante o princípio da tipicidade esteja se referindo a “*crimes*”, nada impede que seja estendido ao Direito Administrativo, que está sujeito ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, CF), do qual decorre o da tipicidade. Este princípio também pode ser extraído do artigo 5º, par. 2º, da Constituição Federal, pelo qual os direitos e garantias constitucionalmente expressos não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados. A tipicidade é uma garantia para os administrados, porque permite que os cidadãos e as empresas saibam quais são as condutas proibidas e suas respectivas sanções. O princípio da tipicidade também impede que a Administração Pública atue de forma arbitrária, não podendo impor penas fora das hipóteses previstas na lei. Tal situação também viria a ferir os princípios da segurança e da confiança jurídicas, que exigem que a conduta proibida e a sanção pela sua não observância estejam descritas previamente na lei, para que a ação do poder público não cause surpresa aos administrados.

Dessa forma, a não previsão pela Lei 12.846/2013 do impedimento de licitar e contratar com o poder público, por prazo determinado, ou da declaração de idoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública não pode conduzir a imposição destas sanções no processo administrativo de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas infratoras. Porém, como a aplicação das sanções previstas na Lei 12.846/2013 não afeta os processos de responsabilização e aplicação das penalidades contidas nas Leis 8.666/93 (arts. 86-88) e 12.462/2011 (art. 47), a autoridade administrativa deve impô-las às pessoas jurídicas infratoras que praticarem os atos ilícitos ali descritos, embora tal responsabilização dependa da comprovação do dolo ou da culpa.

De qualquer forma, constatada omissão – total ou parcial – da autoridade administrativa na imposição plena das sanções administrativas previstas em lei, caberá ao Ministério Público ajuizar ação civil pública para promover a responsabilização administrativa integral da pessoa jurídica infratora (interpretação conjunta dos artigos 20 e 30 da Lei 12.846/2013).

4. A Atuação do Ministério Público na Lei 12.846/2013

4.1. Considerações Iniciais

A Lei 12.846/2013 procurou facilitar a responsabilização dos agentes corruptores que causam ou concorrem com a prática de atos lesivos ao patrimônio público. Impede-se, desta forma, que as pessoas jurídicas se eximam de responsabilização civil e administrativa pelos atos praticados contra a Administração Pública.

Para tanto, a Lei 12.846/2013 procurou identificar, de modo abrangente, o conceito de pessoa jurídica responsável por atos de corrupção.

A lei é aplicável às sociedades empresárias e simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeira, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (art. 1º, par. ún.).

A responsabilidade objetiva incide ainda que os atos lesivos tenham praticado em seu benefício exclusivo ou não (art. 2º).

Tal responsabilidade também persiste mesmo nas hipóteses de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária (art. 4º).

Por outro lado, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (art. 3º). A responsabilidade da pessoa natural, contudo, é subjetiva, dependendo da comprovação do dolo ou da culpa (art. 3º, par. 2º).

Após deixar claro quem pode ser responsabilizado, a Lei 12.846/2013 trata de conceituar, no artigo 5º, quais são os atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira.

Três são os parâmetros alternativos para que um ato seja considerado lesivo à Administração Pública: i) ou atentar contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro; ii) ou contra os princípios da Administração Pública; iii) ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Como tais parâmetros são amplos, ainda que o artigo 5º da Lei 12.846/2013 tenha descrito atos lesivos à Administração Pública, o rol previsto é exemplificativo, não taxativo. Mesmo que a técnica legislativa não tenha sido a melhor, pois, ao final do *caput* do artigo 5º o legislador se valeu da expressão “*assim definidos*”, ao invés de “*e notadamente*” como nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, o artigo 5º da Lei Anticorrupção merece ser interpretado teleologicamente. Isto é, todo ato que atentar contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, ou contra os princípios da Administração Pública, ou, ainda, contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil deve ser considerado lesivo à Administração Pública, ainda que não tenha sido expressamente descrito no elenco do artigo 5º da Lei 12.846/2013.

A exegese desta regra jurídica deve buscar atender as exigências sociais, econômicas e políticas, bem como estar em consonância com a ideia de justiça e bem comum. Aliás, deve prevalecer o cânone hermenêutico explícito no artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.658/1942) que assevera: “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”.

Cabe a todos os intérpretes, não apenas aos juízes, construir o sentido da lei no contexto dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º/CF) e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º/CF). Desse modo, é preciso afastar interpretações formalistas que estejam desvinculadas das noções éticas, sociais e políticas de justiça e do bem comum. A corrupção é um câncer que corrói os recursos públicos indispensáveis à melhoria da qualidade de vida de milhões de brasileiros. Destarte, não é razoável que atos não descritos pelo legislador, mas que sejam notoriamente corruptos, na medida em que lesam o patrimônio público, deixem de ser punidos, pois a legislação não se valeu da melhor técnica legislativa até porque, se fosse assim, ficaria anulado o papel dos intérpretes, os quais devem analisar o direito legislado com o raciocínio voltado à Constituição e as demais leis, isto é, o conjunto dos princípios e das regras que integram o ordenamento jurídico.

A interpretação das normas jurídicas não deve produzir resultados injustos ou danosos ao bem comum, sendo responsabilidade do intérprete buscar o sentido que melhor concretize a proteção dos direitos fundamentais. A corrupção impede que os recursos públicos sejam destinados à implementação eficiente de políticas indispensáveis à realização de direitos fundamentais sociais – como a educação, a saúde e a segurança de qualidades – não podendo os agentes corruptores se beneficiar das brechas da lei ou de legislações mal

elaboradas, mas serem responsabilizados quando evidenciado o ato lesivo, após assegurado o devido processo legal.

Atente-se que nem sempre será necessária a existência de dano efetivo para a responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Há situações, como as previstas no artigo 5º, inc. I (prometer ou oferecer vantagem ilícita) e no inc. IV (procurar afastar licitante), da Lei 12.846/2013, em que a responsabilidade administrativa e civil prescinde da ocorrência concreta do dano (lesão efetiva aos cofres públicos). Admite-se, pois, a punição apenas de um comportamento e determina-se a aplicação da pena, independentemente de um resultado específico. Tal conclusão é reforçada pelo artigo 7º da Lei Anticorrupção que, nos incisos II e III, dispõem que na aplicação das sanções deve ser considerada a vantagem auferida *ou pretendida* pelo infrator, mas também a consumação *ou não* da infração.

Dentre as hipóteses trazidas no artigo 5º, é importante destacar, a contida no inciso V, que considera ato lesivo dificultar a atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. Não obstante o texto não faça expressa referência ao Ministério Público, pessoas jurídicas que praticam atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, quando dificultam as atividades de investigação ou de fiscalização do *Parquet* também estão sujeitas à responsabilização objetiva, porque o artigo 19 da Lei 12.846/2013; ao tratar da legitimidade *ad causam* do Ministério Público, faz remissão ao artigo 5º da Lei Anticorrupção. Enfim, por ser uma instituição que tem o dever de proteger o patrimônio público, inclusive promovendo o inquérito civil e a ação civil pública (art. 129, inc. III, CF), atitudes como a sonegação de informações, a destruição de elementos de provas, a criação de obstáculos ao exame de documentos ou a realização de perícias atentam contra as prerrogativas do Ministério Público de investigar e fiscalizar os desvios contra o erário público (arts. 25, inc. IV, letra "a", e 26, inc. I, da Lei 8.625/93 e artigos 5º, inc. III, letras "a" e "b", e 6º, inc. VII, letra "b", da Lei Complementar 75/1993). Eventual condenação em danos morais coletivos deverá reverter em benefício do próprio Ministério Público, nos termos do artigo 24 da Lei 12.846/2013.

A Lei 12.846/2013 prevê a responsabilização dos atos lesivos descritos no artigo 5º em duas esferas, a administrativa e a judicial. Ambas as formas de responsabilização são independentes e complementares (exegese dos artigos 18 e 20 da Lei Anticorrupção).

O Ministério Público deve atuar, precipuamente, na esfera judicial, para a aplicação de sanções previstas no artigo 19. Mas também deve agir para buscar a imposição integral das sanções descritas no artigo 6º, se constatada omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa (art. 20). Além disso, deve atuar, no que couber, na resolução extrajudicial dos efeitos dos atos de corrupção, seja para prevenir, seja para obter a reparação dos atos lesivos praticados pelas pessoas jurídicas (interpretação do artigo 21 da Lei 12.846/2013).

4.2. Responsabilização na Esfera Administrativa

Quanto à responsabilização na esfera administrativa, a Lei 12.846/2013 disciplinou: i) as sanções e os critérios de aplicação das sanções administrativas; ii) o processo administrativo de responsabilização; iii) o acordo de leniência.

Ao tratar das sanções, no artigo 6º, previu a possibilidade de aplicação da multa e da publicação extraordinária da decisão condenatória. As sanções administrativas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, conforme as peculiaridades do caso concreto e de acordo com a gravidade e a natureza das infrações (art. 6º, par. 1º). Porém, em todas as hipóteses de atos lesivos à Administração Pública, caso apurado dano ao patrimônio público, é indispensável a reparação integral dos prejuízos causados (art. 6º, par. 3º).

Interessante observar que o valor da multa, como forma de inibir atos de corrupção, nunca poderá ser inferior à vantagem auferida, quando for possível a sua estimação, devendo ser fixada entre 0,1% (um décimo por cento) e 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos (art. 6º, inc. I). Se não for possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será fixada entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) [art. 6º, par. 4º].

A Presidente da República vetou o artigo 6º, par. 6º, da Lei 12.846/2013 que limitava o valor da multa ao montante total do bem ou do serviço contratado ou previsto. Trata-se de decisão acertada, pois, do contrário, a penalidade poderia não ser suficiente para inibir o risco da prática de atos contrários à Administração Pública. A imposição de severas sanções econômicas se destina a punir efetivamente os infratores e a desestimular futuras infrações, até porque a vantagem buscada ou auferida pode ser superior ao próprio valor do contrato.

Por outro lado, as sanções pela prática de corrupção, por pessoas jurídicas, não se limitam ao artigo 6º da Lei 12.846/2013. Como já fora asseverado no item 3.3. *supra*, tal regra deve ser interpretada sistematicamente, para que, se a infração também se configurar em ato de improbidade administrativa ou outros ilícitos alcançados pela Lei 8.666/93 ou outras normas de licitações e contratos da Administração Pública, sejam impostas as sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, em especial a proibição de contratar com o poder público, bem como as constantes dos artigos 86 a 88 da Lei 8.666/93 ou do art. 47 da Lei 12.462/2011.

Quanto aos critérios de aplicação das sanções, contidos no artigo 7º da Lei 12.846/2013, devem ser destacados alguns pontos.

Primeiro, para a imposição das sanções descritas na Lei Anticorrupção, não é indispensável a ocorrência de dano efetivo ao patrimônio público, posto que, como afirmado no item anterior, os incisos II e III do artigo 7º punem o infrator pela mera pretensão de obter vantagem ilícita, além de penalizarem a tentativa de infração, não exigindo o resultado lesivo ou a sua consumação.

Segundo, o comportamento da pessoa jurídica, seja cooperando com a apuração das infrações (inc. VII) [inclusive com a atividade de investigação ou fiscalização do Ministério Público], seja prevendo mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta (inc. VIII), pode minimizar as penalidades.

Trata-se de técnica destinada a premiar a resolutividade na apuração dos ilícitos, evitando que a conduta de certos dirigentes ou administradores prejudique demasiadamente tanto a punição dos responsáveis quanto o conjunto da pessoa jurídica.

Entretanto, a existência de programa de *compliance*³⁹, definido no artigo 7º, inc. VIII, da Lei 12.846/2013, como mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, depende de regulamentação pelo Poder Executivo Federal (art. 7º, par. ún.).

Em outros países, já existem parâmetros para avaliar a efetividade de programas de *compliance*. Por exemplo, o Departamento de Justiça Americano e a Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos lançou, no final do ano de 2012, um guia⁴⁰ para orientar o cumprimento da legislação americana anticorrupção, a FCTA (*Foreign Corrupt Practices Act*). Este guia identificou, como fatores de eficiência de um programa de *compliance*, o compromisso de todos os níveis da gerência e política anticorrupção claramente articulada, a existência de um código de conduta, política e procedimentos de *compliance*, a fiscalização interna deste programa, a autonomia da área de *compliance* e recursos adequados, a avaliação dos riscos da empresa, treinamentos e aconselhamento contínuo, incentivos e medidas disciplinares, investigações de terceiros e de pagamentos, sistema interno de denúncias (possibilitando denúncias confidenciais) e de investigações, testes e revisões periódicas do programa de *compliance*, investigações de pré-fusões e aquisições e integrações pós-aquisições e fusões.

A aplicação do artigo 7º, inc. VIII, da Lei Anticorrupção ainda depende de regulamentação, mas essas diretrizes já podem servir de base para a implantação preventiva ou para a análise de eficiência de programas de *compliance* já existentes pelas empresas nacionais.

Ainda quanto aos critérios de aplicação das sanções, deve ser destacado o veto da Presidência da República ao inciso X do artigo 7º que afirmava que o grau de eventual contribuição da conduta de servidor público, para a ocorrência do dano, poderia influenciar na dosimetria das penalidades. O veto foi acertado, pois tanto o agente público quanto a pessoa jurídica praticaram atos contrários à Administração Pública. As infrações causadas pelo servidor público devem ser

³⁹ Termo anglo-saxão que deriva da expressão "to comply", cujo sentido é agir de acordo com uma regra.

⁴⁰ *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, disponível em <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 12.08.2013.

apuradas em procedimentos próprios e sua responsabilização buscada nos termos da lei. A manutenção da regra poderia facilitar a transferência da responsabilização da pessoa jurídica para o agente público, o que dificultaria a aplicação rigorosa de sanções, pois a conduta deste não seria objeto de apuração direta no processo administrativo de responsabilização da pessoa jurídica e a dúvida quanto ao seu grau de participação poderia minimizar os efeitos sancionatórios a que a Lei Anticorrupção pretende coibir.

A instauração e o julgamento do processo de responsabilização administrativa da pessoa jurídica é competência da autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que devem agir de ofício ou mediante provocação, observadas as garantias inerentes ao devido processo legal.

Durante o processo administrativo, a comissão processante poderá, cautelarmente, propor a autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou do processo objeto de investigação (art. 10, par. 2º). Ademais, o ente público, por meio de seu órgão de representação judicial, pode requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive a busca e apreensão (art. 10, par. 1º). Além disso, mesmo que não esteja expressamente prevista na Lei 12.846/2013, a representação judicial do ente público lesado poderá se valer de outras medidas cautelares, como a indisponibilidade dos bens da pessoa jurídica, e, na hipótese de configuração de ato de improbidade administrativa, também representar ao Ministério Público para que ajuíze as medidas necessárias à proteção do patrimônio público (art. 7º da Lei 8.429/92).

Após a conclusão do processo administrativo, a comissão processante deve informar ao Ministério Público sobre a sua existência, para que apure não apenas a ocorrência de crimes, como está expresso no artigo 15 da Lei 12.846/2013, mas também se possa verificar eventuais omissões na condução do processo administrativo, promover ações civis públicas para aplicação das sanções judiciais (art. 19) e/ou para a complementação das sanções administrativas (art. 20), bem como investigar a prática de atos de improbidade administrativa e/ou atos ilícitos alcançados pela Lei 8.666/93 ou outras normas de licitações e contratos da Administração Pública.

Aliás, para que se evite a renovação da produção de provas, agilizando as investigações, a comissão processante não precisa comunicar o Ministério Público apenas após a conclusão do processo administrativo. Deve, a exemplo do que ocorre no artigo 15 da Lei de Improbidade Administrativa, comunicar o Ministério Público quanto a mera instauração do processo administrativo, para possibilitar que os membros do Ministério Público possam acompanhar a produção das provas no âmbito da administração. Isto poderá evitar omissões no processo administrativo, além de tornar mais ágil a apuração de delitos, atos de improbidade administrativa e até outros atos ilícitos conexos com os praticados pelos dirigentes ou administradores de pessoas jurídicas.

Também com o intuito de facilitar a obtenção de meios de prova para a comprovação de atos contra a Administração Pública, a Lei 12.846/2013 regulamenta, no Capítulo V (arts. 16 e 17), a possibilidade de celebração de acordo de leniência entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública com as pessoas jurídicas responsáveis.

A possibilidade de celebração de acordo de leniência também foi estendida às sanções administrativas previstas na Lei de Licitações (Lei 8.666/93), nos artigos 86 a 88, que versam sobre atrasos injustificados e inexecução total ou parcial de contratos (art. 17 da Lei 12.846/2013).

O acordo de leniência se assemelha aos propósitos da delação premiada e busca facilitar a produção da prova, incentivando a pessoa jurídica que colabore efetivamente com a apuração do ato ilícito.

A delação premiada encontra previsão, na esfera criminal, em diversos dispositivos da legislação vigente. A Lei 9.807/99, que regulamenta a proteção aos réus colaboradores, permite que o juiz conceda o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal. Além dessas condições, é necessário que a colaboração do acusado resulte na identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa, na localização da vítima com a sua integridade física preservada, ou na recuperação total ou parcial do produto do crime. Na Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, Lei 7.492/86, e na Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Lei 8.137/90, nos crimes cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que revelar à autoridade policial ou judicial, por meio de confissão espontânea, a totalidade da trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços). Esta redução da pena também está prevista na Lei de Crimes Hediondos, Lei 8.072/90; contudo, é necessário que a denúncia seja formulada pelo participante ou associado de quadrilha ou bando e que possibilite seu desmantelamento. Além dos exemplos citados, a delação premiada também está presente na Lei 9.613/98 (Crimes de Lavagem de Dinheiro) e na Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas). Ademais, na recente Lei 12.850/2013, que define a organização criminosa, a colaboração premiada foi regulamentada nos artigos 4º a 7º.

Diferentemente da delação ou da colaboração premiadas, o acordo de leniência não exige a participação do Poder Judiciário, podendo ser celebrado entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade e a pessoa jurídica responsável pelos atos previstos na Lei 12.846/2013.

Exige-se que a pessoa jurídica seja a primeira a manifestar interesse na cooperação para apuração do ato ilícito e cesse por completo o envolvimento com a infração investigada. Deve, ainda, além de admitir a participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecer, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento (art. 16, par. 1º).

No entanto, caso a proposta de acordo de leniência seja rejeitada, não se imputará o reconhecimento da prática do ato (art. 16, par. 7º).

Para que os benefícios do acordo sejam alcançados, é necessário que a colaboração prestada pela pessoa jurídica resulte, quando cabível, na identificação dos demais envolvidos na infração e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito apurado (art. 16, inc. I e II).

A pessoa jurídica que celebrar o acordo de leniência estará isenta, na esfera administrativa, da publicação extraordinária da decisão condenatória. Na esfera judicial, não estará sujeita à proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. A multa aplicável também poderá ser reduzida em até dois terços (art. 16, par. 2º).

Além disso, a celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos e, em nenhuma hipótese, isenta a pessoa jurídica do dever de reparar integralmente o dano causado (art. 16, par. 9º).

O descumprimento das condições estipuladas no acordo de leniência impede a celebração de novo acordo pelo prazo de três anos contados do conhecimento pela Administração Pública do descumprimento (art. 16, par. 8º).

As autoridades competentes, como condição para a sua celebração, devem manter atualizadas as informações acerca dos acordos de leniência, no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), salvo se vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo, e registrar o seu descumprimento, inclusive para que se impeça que a pessoa jurídica seja beneficiada de novo acordo no prazo de três anos (art. 22, par. 3º e 4º).

O Ministério Público não participa da celebração dos acordos de leniência. Entretanto, os membros do Ministério Público, com atribuições na defesa civil e criminal do patrimônio público, devem ter acesso aos termos do acordo – ainda que sigilosos – para que possam desenvolver investigações, em conjunto ou em paralelo com os órgãos da administração (art. 129, incs. VI e VIII, CF; art. 26, inc. I, “c”, da Lei 8.625/93 e art. 8º, inc. II, da Lei Complementar 75/93)⁴¹.

⁴¹ “(...) 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, *ut* art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido” (MS 21729, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 19-10-2001 PP-00033 EMENT VOL-02048-01 PP-00067 RTJ VOL-00179 PP-00225).

O acesso a tais informações também permitirá verificar a legalidade, a moralidade e a efetividade dos acordos de leniência celebrados, inclusive para constatar eventualmente a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa, nos termos do artigo 20 da Lei 12.846/2013. Neste caso, o Ministério Público deverá ajuizar ação civil pública para a integral responsabilização objetiva das pessoas jurídicas infratoras.

Acresce-se que os acordos de leniência em desacordo com o ordenamento jurídico poderão ser objeto de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público, com o intuito de sua anulação pelo Poder Judiciário.

O Ministério Público também deverá apurar a responsabilidade penal, civil e administrativa das autoridades competentes que, tendo conhecimento das infrações previstas na Lei 12.846/2013, não adotarem as providências para a apuração dos fatos (art. 27 da Lei Anticorrupção), não aplicarem com rigor as sanções administrativas previstas ou se utilizarem indevidamente dos mecanismos de investigação dispostos na lei. Para tanto, qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe as informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção (art. 6º da Lei 7.347/85).

Evidentemente que o Ministério Público, de ofício, poderá instaurar o inquérito civil (art. 8º da Lei 7.347/85 e art. 2º, inc. I, e par. 1º da Resolução 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP) ou, se já tiver elementos de convicção (v.g., com cópia do processo administrativo que serviu para a imposição de sanções às pessoas jurídicas pela prática de atos previstos no art. 5º da Lei 12.846/2013), ajuizar ação civil pública, mesmo sem prévio inquérito civil. Tal inquérito serve, tão somente, para a colheita de elementos informativos, não havendo, destarte, a obrigatoriedade da sua instauração para o ajuizamento de ação civil pública nem, tampouco, a indispensabilidade de reprodução integral dos elementos colhidos no inquérito civil na ação civil pública⁴².

Ademais, o conhecimento pelo Ministério Público por manifestação anônima também deve ensejar a instauração de inquérito civil ou de procedimento investigatório criminal, se houver informações sobre o fato e seu provável autor, bem como a qualificação mínima que permita a sua identificação e localização (art. 2º, inc. II, e par. 2º, da Resolução 23/2007 do CNMP e art. 3º, *caput*, da Resolução 13/2006 do CNMP)⁴³.

⁴² "PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INQUÉRITO ADMINISTRATIVO – OMISSÕES E CONTRADIÇÕES ARGÜIDAS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: MULTA (ART. 18) 1. O inquérito civil é procedimento administrativo facultativo, inquisitorial e autoexecutório, o que desobriga o Ministério Público de instaurá-lo se dispõe dos elementos necessários à propositura da ação. 2. Como medida antecipativa com objetivo de angariar elementos que deem sustentação à ação civil pública, pode o Ministério Público dispor de todos os elementos arrecadados no inquérito civil, ou de parte deles, quando assim entender pertinente. (...)" (Resp 448.023/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2003, DJ 09/06/2003, p. 218).

⁴³ Essa também tem sido a orientação do Supremo Tribunal Federal que, em relação à persecução penal, tem decidido: "O Supremo Tribunal Federal assentou ser possível a deflagração da persecução penal pela chamada

4.3. Responsabilização na Esfera Judicial

A responsabilização judicial da pessoa jurídica é independente da responsabilidade administrativa (art. 18 da Lei 12.846/2013). Os atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, previstos no artigo 5º da Lei Anticorrupção, geram tanto a responsabilização objetiva na esfera administrativa quanto na esfera judicial.

Aliás, a Presidente da República vetou o parágrafo 2º do artigo 19 da Lei 12.846/2013, que afirmava que, salvo o perdimento de bens, direitos ou valores decorrentes da infração, as demais sanções judiciais (suspensão ou interdição parcial, dissolução compulsória e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos) dependiam da comprovação do dolo ou da culpa (responsabilidade subjetiva). Foi acertado o veto presidencial, posto que a responsabilização objetiva da pessoa jurídica pelos atos lesivos à Administração Pública constitui-se o principal avanço da Lei Anticorrupção e a mensuração da culpabilidade da pessoa jurídica, além de não se mostrar pertinente, anularia os progressos alcançados com a nova legislação.

A responsabilização objetiva na esfera administrativa das pessoas jurídicas infratoras pode redundar na aplicação de multa e na publicação extraordinária da decisão condenatória, além da obrigação de reparação integral do dano, após o regular processo administrativo.

Todavia, as demais sanções previstas no artigo 19 da Lei 12.846/2013, isto é, o perdimento dos bens, direitos ou valores que representam vantagem ou proveito, direta ou indiretamente, obtidos da infração, a suspensão ou interdição parcial das atividades, a dissolução compulsória da pessoa jurídica e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público não podem ser impostas administrativamente, estando reservadas à via judicial.

Observa-se, contudo, que perdimento de bens, direitos e valores que representam vantagem ou proveito, direta ou indiretamente, obtidos da infração não se confunde com a obrigação de reparação integral dos danos. O perdimento é uma espécie de sanção, que decorre do não reconhecimento dos prejuízos causados pela pessoa jurídica ao patrimônio público.

Por outro lado, é possível que a pessoa jurídica infratora, para poder beneficiar-se de um acordo de leniência (art. 16, par. 3º, da Lei 12.846/2013) ou mesmo espontaneamente, resolva ressarcir aos cofres públicos os prejuízos causados.

Embora não exista previsão expressa, por força da interpretação teleológica do artigo 21 da Lei Anticorrupção, que remete ao rito da Lei 7.347/85, deve ser admitida a elaboração de compromisso de ajustamento de conduta às exigências

denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial. Precedente" (HC 108147, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 11/12/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2013 PUBLIC 01-02-2013).

legais (art. 5º, par. 6º, da Lei de Ação Civil Pública), mediante cominações, com eficácia de título executivo extrajudicial, celebrados tanto pelo Ministério Público quanto pelos entes federativos legitimados para o ajuizamento da ação prevista no artigo 19 da Lei 12.846/2013. Tais compromissos de ajustamento de conduta poderão ter como objeto a reparação integral dos danos, sem a necessidade de ajuizamento de ação judicial⁴⁴. Isto torna mais rápido o ressarcimento dos prejuízos ao erário, porque prescinde do processo judicial, e serve de estímulo às pessoas jurídicas regularizarem a situação perante o erário, para poderem se beneficiar do acordo de leniência (arts. 16-17 da Lei 12.846/2013).

Ademais, *de lege ferenda*, é recomendável que outros meios de colaboração de prova, como a colaboração ou a delação premiada no âmbito criminal, possam ser estendidos para o âmbito civil. Facilitar o desmonte de complexos esquemas de corrupção, por empresas privadas, não deve ser prerrogativa da Administração Pública, quando da celebração de acordo de leniência, mas também ser objeto de disciplina, no âmbito das investigações civis do Ministério Público, ressalvado o controle judicial, para evitar discrepâncias.

Todavia, se durante a persecução penal, forem realizadas delações ou colaborações premiadas, ou, ainda, acordos de leniência, os elementos informativos obtidos poderão ser emprestados para o inquérito civil⁴⁵ e, depois, transportados

⁴⁴ Adotando esse posicionamento, inclusive em relação aos atos de improbidade administrativa, apesar da redação do artigo 17, par. 1º, da Lei 8.429/92, que veda a transação nas ações que versam sobre tais atos, corretamente leciona Ana Luiza de Andrade Nery, primando pela solução extrajudicial da reparação dos danos: "(...) tem-se que o compromisso de ajustamento de conduta deve abarcar, prioritariamente, a recomposição do bem jurídico ao *status quo ante*, isto é, ao estado em que se encontrava antes de ter sofrido o efetivo dano. (...) Se a ação civil pública ajuizada ou passível de ajuizamento versar sobre atos de improbidade administrativa, regida, portanto, pela Lei 8.429/92, há vedação expressa à transação, ao que podemos imaginar ser incabível a celebração de ajustamento de conduta. Contudo, entendemos que a vedação legal de transação alcançaria os direitos protegidos pela Lei de Improbidade Administrativa, de modo que a vedação não se estenderia, por exemplo, à devolução da perda patrimonial sofrida pelo erário, decorrente de ação ou de omissão, dolosa ou culposa, do agente público. Isso porque a lei determina o integral ressarcimento do dano ao erário, o que, em nosso ver, poderia ser realizado por meio de compromisso de ajustamento de conduta. Assim, se o agente público que sofre ação civil pública ou contra si tem instaurado procedimento administrativo para investigar ato de improbidade administrativa, quer devolver o *quantum* relativo à perda do patrimônio público que sua conduta gerou, a vedação do art. 17 da Lei 8.429/92 não impede que a controvérsia seja solucionada mediante celebração de compromisso de ajustamento de conduta, pelo qual se poderia negociar a forma de devolução dessa quantia ao erário" (Compromisso de ajustamento de conduta. Teoria e análise de casos práticos. São Paulo: RT, 2010, p. 190-191).

⁴⁵ *Mutatis mutandis*, essa é a orientação do Supremo Tribunal Federal, em relação ao empréstimo de prova obtida em investigação criminal, para a sua utilização em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas: "PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa à questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos" (Inq 2424 QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2007, DJE-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00055.EMENT VOL-02286-01 PP-00109 RTJ VOL-00205-02 PP-00638). No mesmo sentido, é a reiterada jurisprudência

para a ação civil pública. Tais elementos não servirão como provas unilaterais, mas se sujeitarão ao crivo do contraditório e da ampla defesa, inerentes ao devido processo legal (judicial), quando então constituem prova para eventual condenação das pessoas jurídicas, nos limites da persuasão motivada do juiz (art. 131/CPC).

Tanto o Ministério Público quanto os entes federativos poderão ajuizar ação para a aplicação das sanções, contidas no artigo 19 da Lei 12.846/2013, às pessoas jurídicas infratoras.

Essa legitimidade *ad causam* é concorrente e disjuntiva, isto é, qualquer um dos legitimados pode propor a ação, sem a autorização do outro, mas o ajuizamento da demanda por um não exclui o ingresso do outro no processo.

O Ministério Público, quando não tiver ajuizado a ação civil pública, atuará, obrigatoriamente, como fiscal da lei (art. 5º, par. 1º, da Lei 7.347/85), sob pena de nulidade (arts. 84 e 246 do CPC).

Por outro lado, quando o Ministério Público tiver ajuizado a ação, poderá o ente federativo legitimado habilitar-se como litisconsorte (art. 5º, par. 2º, da Lei 7.347/85).

O artigo 21 da Lei 12.846/85, ao submeter o procedimento da ação de responsabilização objetiva da pessoa jurídica ao procedimento da Lei 7.347/85, permitiu que técnicas processuais inerentes ao processo coletivo sejam aplicadas no combate à corrupção.

Vale destacar o artigo 2º da Lei 7.347/85 que traz regra de competência funcional absoluta, obrigando a propositura da ação no foro do local, onde aconteça ou deva ocorrer o dano. Ainda, torna prevento o juízo para processar e julgar as ações posteriores que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. Assim, ação civil pública de improbidade administrativa deverá ser analisada pelo mesmo órgão judicial que recebeu a ação de responsabilização objetiva da pessoa jurídica, o que torna mais fácil e rápida a compreensão dos fatos e, conseqüentemente, o julgamento da causa.

Não obstante o artigo 292, par. 1º, do Código de Processo Civil afirmar que, para se admitir a cumulação de pedidos, é necessário o procedimento seja adequado a todos os pedidos, e que o artigo 17, par. 7º, da Lei 8.429/92 exige a defesa preliminar antes do recebimento da petição inicial, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o cúmulo dos pedidos de ressarcimento dos danos ao erário com as demais sanções contidas no artigo 12 da Lei 8.429/92, considerando que, prescritas estas sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, o processo pode prosseguir para o ressarcimento dos danos causados ao erário⁴⁶.

do Superior Tribunal de Justiça: RMS 33.628/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 12/04/2013; MS 14.140/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 08/11/2012; MS 15.787/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/05/2012, DJe 06/08/2012. Quanto a comunicabilidade entre o juízo cível e o penal, para fins de empréstimo da prova, conferir: STJ, REsp 678.143/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 30/04/2013.

⁴⁶ STJ, REsp 1331203/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe

Nesse raciocínio, não parece inadequado admitir o cúmulo da ação civil pública de improbidade administrativa com a ação civil pública de responsabilização objetiva da pessoa jurídica, pelos atos praticados na Lei 12.846/2013, pois, ainda que tal lei não verse apenas sobre a obrigação de reparação integral dos danos ao erário público, está sujeito ao procedimento da lei de ação civil pública (art. 21). Nessa hipótese de cúmulo de ações, contudo, para não ser minimizada a garantia da defesa preliminar, há de ser respeitado, na fase inicial do procedimento, as regras contidas no artigo 17, par. 7º, 8º e 9º da Lei 8.429/92.

Outras vantagens processuais da aplicação da Lei 7.347/85 à Lei 12.846/2013 são a concessão de liminar, sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera pars*), para tutelar a situação de urgência (art. 12 da Lei 7.347/85), a desnecessidade do recurso de apelação sujeitar-se ao efeito suspensivo do artigo 520 do Código de Processo Civil (art. 14 da Lei 7.347/85), a coisa julgada ser *erga omnes* (art. 16 da Lei 7.347/85), o Ministério Público estar isento do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer despesas, nem sujeito aos ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé (art. 18 da Lei 7.347/85)⁴⁷, além de ser aplicável as disposições processuais constantes do Código de Defesa do Consumidor (art. 21 da Lei 7.347/85).

Além disso, o artigo 19, par. 4º, da Lei 12.846/2013 assegura, ao Ministério Público e também à advocacia pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, a possibilidade de ajuizar medida cautelar de indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado. Esta redação é melhor do que a constante no artigo 7º da Lei 8.429/92, a qual afirma que, quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado, pois permite que os órgãos da advocacia pública ou equivalente, sem perda de tempo, tomem as medidas judiciais necessárias para assegurar a reparação integral dos danos ao patrimônio público.

É importante observar que, para a concessão da medida judicial de indisponibilidade dos bens, a exemplo da exegese do artigo 7º da Lei 8.429/92, basta a existência de fortes indícios da prática dos atos contrários à Administração Pública, contemplados pela Lei 12.846/2013 (*fumus boni iuris*). Com efeito, é dispensável a prova da dilapidação patrimonial ou da sua iminência, pois o *periculum in mora* não decorre da intenção do agente de dissipar seu patrimônio, sendo inerente (implícito) a gravidade dos fatos e dos potenciais prejuízos causados ao erário público, que atinge toda a coletividade⁴⁸.

11/04/2013; REsp 1218202/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 28/09/2012; REsp 1089492/RO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 18/11/2010.

⁴⁷ STJ, REsp 1177597/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 02/12/2010; REsp 733.456/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 29/04/2011; REsp 981.949/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 15/08/2011; REsp 1065401/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009.

⁴⁸ STJ, REsp 1308865/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe

Por força do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e do artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública, aplicável aos atos da Lei 12.846/2003, nos termos do artigo 21, o Ministério Público poderá ajuizar todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela do patrimônio público. Nesse sentido, por exemplo, se a autoridade administrativa não tiver suspenso administrativamente os efeitos do ato objeto de investigação (art. 10, par. 2º, da Lei 12.846/2013) ou com a intervenção judicial, caberá ao Ministério Público ajuizar ação cautelar⁴⁹ para suprir tal omissão, até o ingresso da ação civil pública ou tomar as medidas de urgência, junto ou no curso desta ação, a fim de que a pessoa jurídica não continue a se beneficiar com os atos contrários à Administração Pública.

5. Conclusões

O enorme desvio de recursos públicos, pela prática de atos de corrupção, exigia, na esteira de Tratados e Convenções Internacionais assinados pelo Brasil, a elaboração de legislação que permitisse a aplicação de sanções rigorosas às pessoas jurídicas que, independentemente de seus dirigentes ou administradores, se beneficiavam, direta ou indiretamente, do dinheiro público.

A Lei 12.846/2013, ao disciplinar a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, trouxe avanços importantes para o combate à corrupção no Brasil.

A nova Lei Anticorrupção reforça o papel do Ministério Público como agente de proteção do patrimônio público. Por isso, para que a defesa desse interesse difuso seja mais eficiente, a Lei 12.846/2013 deve ser interpretada no sentido de dar *maior efetividade* ao combate da corrupção no país.

Assim, o artigo 25 da Lei 12.846/2013 deve ser analisado à luz do artigo 37, par. 5º, da Constituição Federal, não podendo ser aplicado para impedir a reparação integral dos danos causados pelas pessoas jurídicas infratoras, devendo a prescrição quinquenal incidir apenas sobre as demais sanções contidas no artigo 19 da Lei Anticorrupção.

A Lei 12.846/2013 deve ser interpretada sistematicamente com as Leis 8.429/92 e 8.666/93, e as demais regras que versem sobre licitações e contratos administrativos, podendo a pessoa jurídica ficar sujeita, no que couber, às sanções previstas nos artigos 12 da Lei de Improbidade Administrativa, 86-88 da Lei de Licitações e 47 da Lei 12.462/2013, embora a harmonização das sanções deva respeitar o critério adotado em cada legislação sobre a responsabilização objetiva ou subjetiva.

25/06/2013; AgRg nos EREsp 1315092/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 07/06/2013; REsp 1167776/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 24/05/2013.

⁴⁹ Sobre as medidas cautelares de proteção ao patrimônio público, consultar, entre outros: MARQUES, Sílvio Antonio. *Improbidade administrativa. Ação civil e cooperação internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 161-180.

Verificada omissão da autoridade administrativa na imposição de sanções administrativas, o Ministério Público deverá ajuizar ação civil pública para promover a responsabilização administrativa integral da pessoa jurídica infratora (interpretação conjunta dos artigos 20 e 30 da Lei 12.846/2013).

O rol dos atos lesivos à Administração Pública, contido no artigo 5º da Lei 12.846/2013, é exemplificativo, devendo tal regra ser interpretada teleologicamente, para punir todo ato, praticado por pessoa jurídica, que atentar contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, ou contra os princípios da Administração Pública, ou, ainda, contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Não é indispensável a existência de dano efetivo para a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, devendo cada hipótese ser analisada à luz do tipo descrito no artigo 5º da Lei 12.846/2013. Além disso, a obtenção, ou não, da vantagem, e a consumação, ou não, da infração são critérios para a aplicação das sanções (arts. 7º, inc. II e III, e 19, par. 4º, da Lei Anticorrupção).

São passíveis de responsabilização civil objetiva as ações das pessoas jurídicas que dificultarem as atividades de investigação ou de fiscalização do Ministério Público, no inquérito civil e na ação civil pública, como a sonegação indevida de informações, a destruição de elementos de provas, a criação de obstáculos ao exame de documentos ou a realização de perícias (exegese do artigo 5º, inc. V, combinado com o artigo 19 da Lei 12.846/2013). Se a pessoa jurídica infratora for condenada em danos morais coletivos, os valores deverão ser revertidos em benefício do próprio Ministério Público (art. 24 da Lei 12.846/2013).

O Ministério Público, apesar de não participar dos acordos de leniência, deve ter acesso aos termos do acordo – ainda que sigilosos – para que possa desenvolver investigações, em conjunto ou em paralelo com os órgãos da administração, verificar a legalidade, a moralidade e a efetividade dos acordos celebrados e, se constatar a omissão das autoridades competentes, ajuizar ação civil pública para promover a integral responsabilização da pessoa jurídica infratora ou, caso os acordos de leniência estiverem em desacordo com o ordenamento jurídico, buscar a sua anulação judicial.

É cabível o compromisso de ajustamento de conduta, por iniciativa do Ministério Público, para a reparação integral dos danos causados pela pessoa jurídica infratora, tornando, para este fim, prescindível o ajuizamento da ação prevista no artigo 19 da Lei 12.846/2013.

O artigo 21 da Lei 12.846/85, ao submeter o procedimento da ação de responsabilização objetiva da pessoa jurídica ao procedimento da Lei 7.347/85, possibilitou o emprego de técnicas processuais diferenciadas no combate à corrupção, como a obrigatoriedade do Ministério Público atuar como fiscal da lei, quando não for parte, sob pena de nulidade, a habilitação do ente público lesado como litisconsorte do Ministério Público, a regra de competência funcional absoluta do foro, onde acontecer ou deva ocorrer o dano, a prevenção do juízo para processar e julgar ações posteriores com a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, a

possibilidade de ajuizamento de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela do patrimônio público, a concessão de liminar *inaudita altera pars*, a inexistência da regra do efeito suspensivo às apelações, a coisa julgada *erga omnes* e a isenção do pagamento, pelo Ministério Público, de custas e despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

Referências Bibliográficas

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAUJO, Felipe Dantas. Corrupção e novas concepções de direito punitivo: rumo a um direito de intervenção anticorrupção? *Revista de Direito Internacional*, vol. 8, n.2, jul/dez 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92*. São Paulo: RT, 2007.

BERCLAZ, Márcio Soares. *A natureza político-jurídica dos Conselhos Sociais no Brasil: uma leitura a partir da política da libertação e do pluralismo jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná em 08 de março de 2013.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política. Uma patologia social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CERQUEIRA, Luís Otávio *et alli*. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo, RT, 2010, p. 59.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance; ESSADO, Thiago Cintra Essado, Corrupção: Aspectos Processuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 89, Mar/2011.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GHIZZO NETO, Affonso. *Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa. Ação civil e cooperação internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo, Malheiros, 2001.

MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípio do Juiz Natural e sua Aplicação na Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2006.

MOURA, Angela Giovanini. A atuação do Ministério Público no combate à corrupção: oportunidade de resgate da cidadania. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, vol.12, n.23, jan/jun 2011.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta. Teoria e análise de casos práticos*. São Paulo: RT, 2010.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; ROCHA, Iggor Gomes; REIS, Felipe Andres Pizzato. *Combate à corrupção nas licitações e contratos públicos: questões centrais do Projeto de Lei nº 6.826/2010*. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito da Infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. A corrupção como desvio de recursos públicos (A agressão da corrupção aos direitos humanos). *Revista dos Tribunais*, vol. 820, fevereiro de 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 30, 11 de fevereiro de 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.

SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa. Teoria e prática*. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes de Carvalho Sobral de. *Corrupção e improbidade. Críticas e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

TREVISAN, Antoninho Marmo; CHIZZOTTI, Antonio; LANHEZ, João Alberto; CHIZZOTTI, José; VERILLO, Josmar. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. São Paulo: Uol, 2003.



DIREITO
ROMANO

A Lei Anticorrupção é “Só para Inglês Ver”?

Uma Breve Análise Comparativa entre os Sistemas Brasileiro e Norte-americano de Combate à Corrupção**

Paulo Wunder de Alencar*

Sumário

I. Introdução. II. Como Promotores Americanos Regulam Crimes Corporativos: *Non Prosecution Agreement* e *Deferred Prosecution Agreement*. III. Conclusão. Referências.

I. Introdução

O presente artigo trata da apresentação das linhas gerais do sistema de responsabilização das pessoas jurídicas em atos ilícitos envolvendo o interesse público e visa a demonstrar sua incoerência e sugerir uma reflexão para sua reforma.

No Brasil, a pessoa jurídica pode ser responsabilizada penal, civil ou administrativamente. A responsabilidade penal foi expressamente prevista pela Constituição de 1988, embora apenas nas condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (art. 225, § 3º), além de ter sido mencionada, mas de forma menos clara, para os crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5º):

Art. 225, §3º: as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 173, §5º: a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Neste trabalho, não iremos discutir teses jurídicas sobre as teorias penais da responsabilidade criminal da pessoa jurídica. Ao contrário, iremos partir do pressuposto de que esse problema já tenha sido superado, até porque, como a Lei dos Crimes

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

** Trabalho de conclusão da disciplina Interações entre Políticas de Intervenção Estatal, sob orientação do professor Carlos Ragazzo, do Mestrado em Direito da Regulação, da FGV DIREITO RIO.

Ambientais (arts. 21 a 23, da Lei 9.605/98) regulamentou o dispositivo constitucional acima e previu a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, fixando penas compatíveis às suas características (multa, penas restritivas de direitos e a prestação de serviços à comunidade), fica claro que, se houvesse vontade legislativa, tal iniciativa poderia alcançar outros tipos de crimes, pois não há nada de exclusivo que diferencie os delitos ambientais dos demais.

Em outras palavras, se o legislador derivado entendeu que a Constituição permitiu a responsabilização penal da pessoa jurídica no que se refere aos crimes ambientais, estender isso aos crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular seria apenas uma opção legislativa, e não uma vedação de inconstitucionalidade.

Da mesma forma, incluir nesse rol constitucional, através de emenda, delitos contra outros bens jurídicos, seria uma questão de política criminal do Poder Legislativo.

Assim, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é um entrave constitucional insuperável, sendo que a Constituição a previu para determinadas infrações, mas poderia ter incluído outras, o que ainda pode ser feito através de emenda.

No que tange à responsabilidade civil e administrativa, os principais mecanismos brasileiros de controle sobre as pessoas jurídicas, especialmente aquelas que se relacionam com o poder público, são as ações civis públicas e as ações de improbidade administrativa, sendo que a primeira se refere à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e a segunda aos atos que causem prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito ou atentem contra os princípios da administração pública, sempre que cometidos em face de órgãos públicos, da administração pública direta e indireta ou de qualquer sociedade que tenha participação ou receba verba pública.

Ainda nessa esfera de responsabilidade, a novidade foi a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que, em seu art. 1º, “dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”, ou seja, não se aplica à parte criminal.

Além das diferenças de escopo acima ressaltadas, essas ações divergem na previsão de utilização de métodos consensuais de solução de conflitos, pois, enquanto na ação civil pública existe o termo de ajustamento de conduta e na ação civil pública por prática de ato de corrupção foi previsto o acordo de leniência, na ação de improbidade administrativa é impossível a composição extrajudicial de disputas, conforme dispõem os seguintes artigos:

Art. 17, Lei nº 8.429/92: A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.

A lei anticorrupção é “só para inglês ver”? - Uma breve análise comparativa entre os sistemas brasileiro e norte-americano de combate à corrupção

Art. 30, Lei nº 12.846/2013: A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I – ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II – atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Diante disso, temos o seguinte quadro de medidas judiciais de controle civil e administrativo de sociedades que se relacionam de alguma forma com o poder público:

LEI	FINALIDADE	SUJEITO ATIVO DO ATO ILÍCITO	SUJEITO PASSIVO	POSSIBILIDADE DE ACORDO
Ação Civil Pública	Defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos	Qualquer pessoa, física ou jurídica	Titulares dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos	TAC: sem necessidade de confissão
Ação de Improbidade Administrativa	Atos que causem prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito ou atentem contra os princípios da administração pública	Agentes públicos (e terceiros beneficiados)	Órgãos da Administração Pública direta ou indireta de quaisquer dos poderes de todos os entes da federação, além das sociedades que de alguma forma tenham participação ou recebam benefícios públicos	Impossibilidade de transação
ACP por Ato de Corrupção	Atos cíveis e administrativos contra a Administração Pública	Pessoas jurídicas (responsabilidade objetiva) e pessoas físicas (responsabilidade subjetiva)	Administração Pública nacional ou estrangeira	Acordo de leniência (para as pessoas jurídicas): necessidade de confissão

Da análise do esquema, nota-se que certas condutas podem se amoldar em apenas uma, em duas ou até nas três legislações. Claro que o critério de aplicação da regra será a especialidade, mas o que se discute aqui é se faz sentido ter um sistema

diferente se, em alguns não raros casos, um ato pode ser enquadrado ao mesmo tempo como improbidade administrativa (ao agente público e ao integrante da pessoa jurídica beneficiada) e ato de corrupção (para a pessoa jurídica beneficiada), o que traria um tratamento jurídico diferenciado, com a possibilidade do acordo de leniência apenas à pessoa jurídica envolvida.

Vamos imaginar a seguinte hipótese: uma pessoa jurídica ganha uma licitação para construção de uma obra pública através do pagamento de uma propina, mas a obra fica insatisfatória. A responsabilização cível seria, em tese, pelos seguintes tipos de mecanismos de controle:

1. ação civil pública, em face das pessoas jurídicas e físicas, para a qual poderiam celebrar TAC;
2. ação civil pública por ato de corrupção, em face da pessoa jurídica, para a qual poderia firmar acordo de leniência;
3. ação de improbidade administrativa, em face das pessoas físicas (agente público e integrante da pessoa jurídica beneficiada), em virtude do prejuízo ao erário, do enriquecimento ilícito e da lesão aos princípios da legalidade e moralidade administrativa, sem possibilidade de acordo.

Evidentemente que, dependendo da condução das investigações e da atribuição e competência envolvidas, poderia haver um único processo englobando essas ações, já que os fatos são os mesmos.

No entanto, tecnicamente, para cada ação pode existir um processo, sendo certo, ainda, que o TAC absorveria apenas uma parte dos danos, o acordo de leniência outra área e a improbidade seria atacada exclusivamente pela via judicial, o que demonstra que os círculos de responsabilidade, nesse caso, possuem intercessões, embora outras áreas neutras e independentes.

Poderíamos ter, portanto, diversos processos, em trâmite com distintas competências e de responsabilidade de mais de um órgão julgador, sem nenhuma unidade e coerência, o que significaria decisões sobrepostas, contraditórias e certamente lentas.



A lei anticorrupção é “só para inglês ver”? - Uma breve análise comparativa entre os sistemas brasileiro e norteamericano de combate à corrupção

Ocorre que o mais estranho do sistema criado é a falta de lógica e correspondência entre o tipo de ação e as sanções cabíveis, como se pode comparar abaixo:

PENAS	Ação Civil Pública	Ação de Improbidade Administrativa	ACP por atos de corrupção	Crimes Ambientais
Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente	X	X	X	X
Perda da função pública		X		
Suspensão dos direitos políticos		X		
Multa	X	X	X	X
Proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos		X	X	X
Ressarcimento integral do dano	X	X	X	X
Suspensão parcial ou total das atividades			X	X
Interdição temporária			X	X
Dissolução compulsória da pessoa jurídica			X	X
Cumprimento de obrigação de fazer	X			X
Restritivas de direitos				X

Verifica-se, acima, que as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas são muito semelhantes na lei anticorrupção e na lei de crimes ambientais, especialmente se levarmos em consideração que algumas penas sequer precisavam ser expressamente previstas nas respectivas legislações, pois inerentes ao poder geral de cautela do magistrado de fazer cessar uma ameaça ou lesão ao bem juridicamente tutelado, como a suspensão das atividades, interdição temporária e dissolução de uma pessoa jurídica.

Quanto à lei de improbidade administrativa, as únicas penas exclusivamente lá previstas (embora também dispostas no Código Penal, art. 92) são a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, evidentemente por serem inerentes às pessoas físicas.

Isso significa que, independentemente da responsabilidade ser civil, administrativa ou penal, as penas aplicadas a uma pessoa jurídica são quase idênticas, simplesmente porque a sua natureza não permite grandes variações.

Sendo as penas as mesmas, qual a razão de se permitir o termo de ajustamento de conduta nas ações civis públicas, o acordo de leniência nas ações cíveis e administrativas anticorrupção, mas não se autorizar nas ações de improbidade administrativa (nas ações criminais contra o meio ambiente cabe transação penal e suspensão condicional do processo – arts. 27 e 28 da Lei nº 9.606/98)?

A perplexidade aumenta quando interpretamos o art. 30, da Lei nº 12.846/2013, que estabelece que a aplicação das sanções previstas na lei anticorrupção não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades da lei de improbidade administrativa (e da lei de licitações).

Como a enorme maioria dos atos enquadrados na lei anticorrupção também são atos de improbidade administrativa (talvez a grande exceção sejam os atos cometidos contra a Administração Pública estrangeira), criou-se um sistema em que, com base na lei anticorrupção, pode ser firmado um acordo de leniência com a pessoa jurídica envolvida em atos contra a Administração Pública, embora a propositura da ação de improbidade administrativa ainda continue imprescindível em face das pessoas físicas que integram essa sociedade investigada (e de eventual agente público participante), apenas para se buscar a aplicação daquelas penas que não puderam ser incluídas no acordo de leniência (suspensão dos direitos políticos e perda da função pública).

Ora, por que não se permitiu a reunião de todas as investigações, processos e decisões em um único procedimento, tanto em face da pessoa jurídica como das pessoas físicas, ou melhor, por que não se deu efeito único, vinculante e geral a apenas um processo (ou acordo), inclusive, diante da existência, em nosso ordenamento jurídico, da regra proibitiva do *ne bis in idem*?

Essa enorme salada ainda pode ter um tempero super especial se, além dos processos acima elencados (ação civil pública, ação civil pública por atos de corrupção e ação de improbidade administrativa), ainda houver um criminal contra as pessoas físicas, integrante da pessoa jurídica corrupta e agente público participante, pela prática de crime de corrupção, com o aditivo de ter sido cometido por meio de uma organização criminosa (caso o esquema de desvio de dinheiro público tenha sido estruturalmente ordenado e caracterizado pela divisão de tarefas), o que acrescentaria mais um instrumento: a colaboração premiada. E por que isso seria uma baita confusão? Porque, além de termos mais uma ação sobre os mesmos fatos, o acordo de colaboração premiada não possui limites tão rígidos e bem definidos, podendo interferir em outras competências jurisdicionais, como se pode observar da leitura do art. 6º, inciso I, da Lei 12.850/2013 (lei das organizações criminosas):

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

- I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II – as condições da proposta do Ministério Público (...).

Outrossim, através de um acordo de colaboração premiada, o MP pode incluir como cláusulas justamente o cumprimento daquelas penas de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos (art. 92 do Código Penal), que pareciam exclusivas à lei de improbidade (ver quadro acima), o que reforça a conclusão de que a natureza da ação e da pena (cível, administrativa ou penal) não impede a celebração de acordos.

A lei anticorrupção é “só para inglês ver”? - Uma breve análise comparativa entre os sistemas brasileiro e norteamericano de combate à corrupção

O acordo de colaboração também pode conter cláusulas que impeçam a propositura de demandas cíveis em face do colaborador (ação civil pública e improbidade administrativa), o que significa que essas ações somente poderiam ser oferecidas em face dos demais responsáveis, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

Para ilustrar bem o problema, vale a leitura dos anexos Termos de Colaboração Premiada, celebrados por Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, no recente escândalo de corrupção na Petrobras, sendo aqui transcritas apenas as cláusulas ora pertinentes:

Acordo Alberto Youssef: Cláusula 5ª: I. a aplicação ao COLABORADOR de penas privativas de liberdade, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos revelados por intermédio da presente colaboração, as quais depois de unificadas resultem em, no mínimo, 30 (trinta) anos de reclusão. II. logo após o trânsito em julgado das sentenças condenatória que somem o montante mínimo de 30 (trinta) anos de prisão a que se refere a alínea anterior, a suspensão em relação exclusivamente ao COLABORADOR de todos os processos e inquéritos policiais em tramitação perante a 13ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba, assim como daqueles que serão instaurados, inclusive perante outros juízos, em decorrência dos fatos revelados a partir da presente colaboração, com a respectiva suspensão de todos os prazos prescricionais, por 10 (dez) anos. §8º. Os benefícios previstos nessa cláusula, assim como os demais previstos em outros dispositivos do presente acordo de colaboração, não abrangem fatos ilícitos posteriores a 17 de março de 2014. §10º. Após a homologação judicial desse acordo e a pedido do COLABORADOR, o Ministério Público Federal expedirá certidão atestando a existência da presente colaboração, a qual somente poderá ser por ele utilizada para instruir processos que, não obstante já estejam em curso em seu desfavor, não estão contemplados no acordo ora celebrado.

Acordo Paulo Roberto Costa: Cláusula 5ª: II. Promoverá o arquivamento de fatos novos em relação ao acusado trazidos pelo colaborador em relação aos quais não exista, na data do acordo, nenhuma linha de investigação em qualquer juízo ou instância. Cláusula 8ª; §8º. Os benefícios não abrangem fatos ilícitos posteriores à data do acordo, em qualquer hipótese, nem fatos anteriores que sejam (estes últimos) completamente dissociados do objeto deste acordo. §9º. Os benefícios propostos não eximem o colaborador de obrigações ou penalidades de cunho administrativo e tributário, eventualmente exigíveis. (grifamos)

Como se pode observar das cláusulas acima, o MPF garantiu aos colaboradores que eles não serão alvo de outros processos e inquéritos sobre os mesmos fatos narrados no acordo (salvo de cunho administrativo e tributário), o que inclui justamente a ação civil pública, a ação civil pública por ato de corrupção e a ação de improbidade administrativa.

Após essa reflexão em que o leitor deve estar confuso sobre qual ação pune quem e de que forma, bem como imaginando a quem interessa tal emaranhado de leis e instrumentos processuais diferentes, chegamos até o ponto de onde queremos começar para mostrar que o sistema brasileiro é anacrônico e está obsoleto: a lei anticorrupção não inovou em relação ao combate à corrupção, pois não admitiu acordo de leniência para as pessoas físicas e, assim, também não atribuiu efeitos sobre a lei de improbidade administrativa.

Uma pequena novidade da lei foi o fato da responsabilidade civil e administrativa da pessoa jurídica ser sempre objetiva, não sendo necessário, portanto, provar a culpa da sociedade, mas apenas o nexo causal entre a conduta do seu agente e o fato praticado em benefício, por causa ou a partir da pessoa jurídica.

Todavia, responsabilidade civil objetiva de uma sociedade por ato de um de seus empregados no contexto e em virtude do vínculo de trabalho está longe de ser algo novo, pois já existe há muito tempo em nosso ordenamento para essas situações, inclusive na lei de improbidade administrativa, para agentes públicos que causem enriquecimento ilícito.

As outras novidades foram a responsabilização de atos contra a Administração Pública estrangeira (não prevista na lei de improbidade administrativa), a previsão do acordo de leniência para as pessoas jurídicas e o estímulo aos mecanismos internos de *compliance*.

Pergunta-se, então, de que modo a lei anticorrupção poderia ter sido mais eficiente e inovadora?

II. Como Promotores Americanos Regulam Crimes Corporativos: *Non Prosecution Agreement* e *Deferred Prosecution Agreement*

Nos EUA, o sistema é absolutamente diferente, pois, em primeiro lugar, uma pessoa jurídica pode ser responsabilizada criminalmente sempre que um de seus empregados cometer um delito utilizando-se da respectiva sociedade, como ensinam Cindy R. Alexander e Mark A. Cohen:

In the United States, those legally responsible for corporate crime can be as varied as the hourly employee who illegally dumps a barrel of hazardous waste, the manager who conspires with competitors to rig bids on a local road-building project, or the senior executive who fails to put effective controls in place to ensure that foreign government officials are not bribed to obtain a contract or that the firm's financial reporting practices meet the needs of investors. (ALEXANDER, Cindy R.; COHEN, Mark A.; 2011; p.12).

A lei anticorrupção é “só para inglês ver”? - Uma breve análise comparativa entre os sistemas brasileiro e norte-americano de combate à corrupção

Nesse contexto, a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos EUA é objetiva e decorre simplesmente da ação ou omissão de um de seus funcionários que cometa qualquer tipo de crime através, em benefício ou por causa da sociedade¹.

Outrossim, a outra grande distinção entre os sistemas brasileiro e norte-americano se refere à possibilidade de utilização de métodos consensuais de composição de conflitos penais nos crimes corporativos, o *deferred prosecution agreement* (DPA) e o *non prosecution agreement* (NPA):

The two kinds of agreements are functionally the same, except in one respect. In the typical deferred prosecution agreement, a criminal charge is filed, and the corporation acknowledges and accepts responsibility for the criminal wrongdoing set forth in the charging instrument. In the typical non-prosecution agreement, no charging document is filed, and the investigation remains pending until the corporation fulfills the terms of the agreement. (CONYERS, John Jr, 2010, p. 1).

Dessa forma, o *deferred prosecution agreement* seria muito semelhante ao nosso acordo de colaboração premiada da lei das organizações criminosas, tendo em vista a sua necessidade de homologação judicial. Já o *non prosecution agreement* se adequaria a um acordo de leniência, que exige a assunção da responsabilidade, tramita apenas dentro do órgão de controle e fica suspenso até o cumprimento integral das condições impostas nas cláusulas, quando gera o arquivamento da investigação.

Assim, os métodos americanos não são desconhecidos para os brasileiros, porém são aplicados aqui em outras circunstâncias. Quanto aos efeitos, também se assemelham aos nossos, como se pode observar:

Both pre-trial agreements provide for the prosecution to be deferred for a period of time, usually from one to two years, provided that the corporation fulfills its obligations under the agreement and does not engage in further misconduct. In addition, these agreements usually require the payment of a fine, implementation of stringent corporate governance and compliance measures, cooperation with the government's ongoing investigation, waivers of speedy trial rights and statute of limitations defenses, and consent to external oversight by an independent monitor approved by the government. (CONYERS, John Jr, 2010, p. 1).

¹ Um exemplo extremo dessa amplitude foi o famoso caso de escândalo sexual envolvendo um técnico da equipe de futebol da *Penn State University*, que levou a universidade a ser criminalmente investigada em 2011.

De fato, o uso de acordos penais é a regra na persecução criminal norte-americana, onde os *plea agreements* alcançam a incrível marca de aplicação em 90% das acusações, sendo que tal prática foi estendida aos crimes corporativos em 1993 e tem aumentado a cada ano, especialmente durante a crise financeira da última década, quando cresceu ainda mais, como podemos verificar:

Since 2000, NPAs and DPAs have become a mainstay in the federal playbook for corporate criminal justice matters. The steady rise in their use by the U.S. Department of Justice ("DOJ") began in the middle of the last decade and has since reached a baseline pace of at least 20 agreements per year, with some years spiking to nearly double that figure. The year 2004, for example, saw eight agreements. A decade later, the first half of 2014 alone has seen 11 agreements from DOJ, with an additional agreement from the SEC, for a total of 12 agreements. Since 2000, DOJ has entered into 283 publicly disclosed NPAs and DPAs. The U.S. Securities and Exchange Commission ("SEC") also has adopted NPAs and DPAs in its corporate enforcement regime, entering into seven such agreements since 2010. Of the 290 agreements DOJ and the SEC have entered into since 2000, more than half (152) have come since January 1, 2010. NPAs and DPAs have led to monetary penalties totaling more than \$42 billion, equivalent to the annual GDP of Latvia. (WARIN; GIBSON; DUNN&CRUTCHER, 2014, p.1).

O principal benefício do uso dos acordos nos crimes corporativos é evitar os efeitos maléficos que determinadas penas, como o encerramento das atividades, poderiam causar sobre uma pessoa jurídica. Investidores, empregados, pensionistas, clientes, fornecedores, enfim, todos aqueles envolvidos no ciclo de vida e funcionamento da sociedade empresária sairiam igualmente condenados, o que significa que os efeitos colaterais da repressão seriam nefastos ao próprio bem estar social, ou seja, mesmo interesse que, em tese, deseja a punição pela prática de ilícitos.

Para coibir isso, os acordos podem se constituir como medidas intermediárias, eficientes e satisfatórias, na medida em que promovem não apenas a cooperação para a investigação e descoberta de todas as consequências e envolvidos nas atividades ilícitas, mas também a devolução dos valores desviados aos cofres públicos, indenização às vítimas, reestruturação da companhia e adoção de mecanismos de controle interno da sociedade empresária.

Contudo, não podemos achar que o jardim do vizinho é sempre mais bonito que o nosso e importar técnicas estrangeiras sem adequá-las ao nosso sistema, especialmente quando, no próprio país de origem, elas já sofrem críticas.

Nos EUA, são três as principais reclamações sobre DPA e NPA. A primeira é que, através da persuasão criminal, se impõe a celebração de acordos que, na verdade,

A lei anticorrupção é “só para inglês ver”? - Uma breve análise comparativa entre os sistemas brasileiro e norteamericano de combate à corrupção

possuem natureza cível. Utiliza-se a sombra da marca pesada sobre a imagem de uma sociedade ao responder a um processo criminal para que, muito rapidamente, a pessoa jurídica opte pelo acordo. A segunda crítica se relaciona com a possibilidade dos promotores americanos escolherem os *monitors* que irão fiscalizar o cumprimento pela pessoa jurídica das cláusulas do acordo e da observância de mecanismos internos de *compliance*². O terceiro argumento diz respeito à falta de padronização dos acordos, podendo os promotores americanos fazer propostas absolutamente contraditórias em casos idênticos.

Aplicando esses problemas à nossa realidade, podemos afastar a preocupação com os itens 1 e 2. Isso porque, no Brasil a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é regra, mas exceção, já que, como vimos, aplica-se somente aos crimes ambientais. Ademais, estudamos acima que as penas que podem ser impostas às pessoas jurídicas são as mesmas, independentemente de terem a natureza criminal ou cível, sendo, portanto, quase irrelevante falar que uma pessoa jurídica comete um crime.

Ademais, em nosso sistema, seria inviável forçar a pessoa jurídica a contratar determinado fiscal particular, pois isso caracterizaria uma interferência abusiva na sua liberdade econômica. O máximo que poderia ser feito nesse aspecto seria verificar se aquele contratado pela investigada possui as características que legitimam a sua atividade, ou solicitar a nomeação judicial de um interventor, com o magistrado definindo a remuneração adequada.

Todavia, quanto à terceira crítica, cabe reconhecer que a proposta de se regular sociedades que cometem atos de corrupção deve envolver, também, uma regulação da forma de atuação dos promotores, a fim de se impedir excessos e evitar contradições. Embora não se deva esquecer da independência funcional dos membros do MP, o mínimo de padrão em suas propostas de acordos preserva a segurança jurídica, especialmente nos crimes corporativos, diante da competitividade entre as sociedades, não podendo uma ser tratada diferentemente da outra, sob o risco de consequências na própria economia.

Desse modo, os ônus parecem ser inferiores aos bônus e as críticas podem ser superadas, contornadas ou minimizadas.

III. Conclusão

Crimes de colarinho branco, dentre eles, a corrupção, são os mais difíceis de serem investigados, pois, geralmente, são praticados por pessoas preparadas tecnicamente, às vezes até com respaldo jurídico, utilizando métodos sofisticados de lavagem de dinheiro e ocultação de capitais e, principalmente, cometidos através de pessoas jurídicas, algumas legítimas e outras fictícias, que buscam conceder a maior proteção possível àqueles agentes envolvidos nas atividades delitivas.

² Nesse ponto, é sempre citada a indicação do aposentado *Attorney General* John D. Ashcroft, por um promotor que havia sido seu subordinado, para fiscalizar a sociedade Zimmer, pelo valor de US\$ 52 milhões.

Paulo Wunder de Alencar

Por isso se diz que esses crimes *“tend to be committed by multiple individuals, not just by one individual acting alone. Second, individuals are linked within corporations through what some economists have termed a nexus of contracts”*. (ALEXANDER, Cindy R.; COHEN, Mark A.; 2011; p.12).

A prática nos ensina que a corrupção acontece com pagamentos de comissões a políticos corruptos, combinação de preços e vencedores em licitações, prestação do serviço com mão de obra inferior à contratada etc., métodos que dificilmente são notados em uma fiscalização ordinária e em massa, pois não deixam vestígios flagrantes.

Se quisermos realmente combater com rigor a corrupção precisamos inovar e conceder ao Ministério Público mecanismos de maior persuasão e eficiência na investigação, especialmente a possibilidade de celebração de acordos de forma mais ampla, pois a colaboração na investigação de alguma pessoa que tenha participado da prática criminosa é quase que imprescindível para se desvendar esses crimes.

A falta de reais modernizações fez com que a lei anticorrupção tenha pouquíssima utilidade prática, pois as principais barganhas que poderiam incentivar a utilização de mecanismos de *compliance* e a celebração dos acordos de leniência não foram contempladas na lei.

Ora, se o acordo de leniência da lei anticorrupção não vai produzir efeitos nas ações penais e de improbidade administrativa contra os representantes das pessoas jurídicas, por que celebrá-lo, se o interessado ainda poderá se defender em longos processos nessas outras instâncias? Inclusive, se a pessoa jurídica celebrar um acordo de leniência reconhecendo uma prática ilícita, tal argumento já não seria utilizado pelo Ministério Público para fortalecer as ações cíveis a serem propostas em face dos integrantes da mesma sociedade? Isso não seria um desestímulo ao acordo de leniência?

Sem sombra de dúvidas, o único acordo que interessa ser celebrado é a colaboração premiada da lei das organizações criminosas, justamente porque confere verdadeiro salvo conduto ao colaborador, que fica seguro que não poderá ser processado novamente pelo mesmo fato.

Precisamos, portanto, de uma reorganização do sistema de combate à corrupção no Brasil, aglutinando e conectando essas leis hoje esparsas, bem como incentivando mecanismos preventivos e repressivos de controle, além de fomentarmos a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos, pois, no que depender da lei anticorrupção, continuaremos vivendo de sopros de esperança em operações policiais isoladas.

No que se refere às diversas formas de ações e métodos de composição de conflitos oferecidos pelo nosso ordenamento jurídico, conclui-se que o ideal seria, à semelhança dos EUA, termos dois tipos de acordos, seja para as pessoas jurídicas ou físicas, sendo um eminentemente extrajudicial, de atribuição exclusiva do Ministério Público, e outro que precise ser homologado pelo juízo, onde a grande diferença

A lei anticorrupção é “só para inglês ver”? - Uma breve análise comparativa entre os sistemas brasileiro e norte-americano de combate à corrupção

A Lei Anticorrupção é “Só para Inglês Ver”?
Uma Breve Análise Comparativa entre os Sistemas
Brasileiro e Norte-americano de Combate à Corrupção

entre eles seria que, somente através do último, poderiam ser fixadas aquelas penas de maior gravidade e de cunho não patrimonial, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos.

Infelizmente, essa prática brasileira de editar diversas leis sobre o mesmo tema ou sobre aspectos conexos sem um mínimo de coerência, lógica e organização sistêmica, apenas favorece justamente aquilo que se (supostamente) quer combater, a corrupção, e aquele que se quer (supostamente) punir, o corrupto.

Aliás, quando, em 1831, o Brasil, após pressão da Inglaterra, promulgou uma lei que declarava livres os africanos desembarcados em portos brasileiros, ninguém acreditou na eficácia da medida do Regente Feijó. De fato, o sentimento estava correto, pois a abolição plena da escravatura somente se consolidou em 1988, ou seja, 57 anos depois, com a Lei Áurea.

Séculos após, parece que, por tradição, ainda editamos leis que não se prestam às suas finalidades e fingem ser algo que não são. Inclusive, se concordarmos que a maior novidade da lei anticorrupção foi prever a responsabilização de atos contra a Administração Pública estrangeira, e se lembrarmos que a lei anticorrupção foi editada por uma pressão internacional, na medida em que o Brasil foi signatário da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, firmada em 1997 e ratificada no ano 2000, será que iremos concluir que estamos diante de mais uma lei “só para inglês ver”?

Referências

- BARKOW, Anthony S.; BARKOW, Rachel E. *Prosecutors in the Boardroom – Using Criminal Law to regulate Corporate Conduct*. New York University Press, 2011.
- BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada – Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência*. Editora Lumen Juris. 2011.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organizações Criminosas*. Editora Saraiva. 2014.
- GARCIA, Emerson. *Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Editora Lumen Juris, 2005.
- GARRET, Brandon L. *Too Big to Jail – How Prosecutors Compromise with Corporations*. Belknap Harvard. 2014.
- GILBERT, Isobel E. *Corporate Crime and the Use of Deferred and Non-Prosecution Agreements*. Nova. 2010.
- GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei nº 12.850/2013*. Editora Saraiva. 2014.
- JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios Institucionais do Ministério Público*. Editora Lumen Juris, 2008.

- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. Editora Saraiva, 2001.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado*. Editora Atlas. 2014.
- PINTO, Ronaldo Batista; CUNHA, Rogério Sanches. *Crime Organizado – Comentários à Nova Lei sobre Crime Organizado*. Editora Jus Podium. 2014.
- PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada – Legitimidade e Procedimento*. Editora Juruá. 2013.
- PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Lei Anticorrupção – Origens, Comentários e Análise da Legislação Correlata*. Editora Saraiva, 2014.
- QUIRK, Hannah; SEDDON, Toby; SMITH, Graham. *Regulation and Criminal Justice – Innovations in Policy and Reserch*. Cambridge. 2010.
- SILVA, Eduardo Araújo da. *Organizações Criminosas – Aspectos Penais e Processuais da Lei n° 12.850/2013*. Editora Atlas. 2014.
- VOLKOV, Michael. *Corruption, Crime and Compliance*. Ethics 360. 2011.
- WARIN, Joseph; GIBSON; DUNN&CRUTCHER. *2014 Mid-Year Update on Corporate Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements*. Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation. Disponível em: <http://corpgov.law.harvard.edu/2014/07/16/2014-mid-year-update-on-corporate-non-prosecution-and-deferred-prosecution-agreements/>. Acessado em: 11/06/2015.

O papel do *compliance* no delineamento da cultura corporativa

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos introdutórios. 2. A importância do *compliance* nas corporações contemporâneas. 3. A cultura corporativa enquanto resultado da transição do plano deontológico para o axiológico. Epílogo. Referências bibliográficas.

1. Aspectos introdutórios

As regras de experiência têm nos ensinado que as corporações devem estar vinculadas a certos padrões de atuação, colhidos nos planos deontológico e axiológico, para que possam alcançar os objetivos a que se destinam. Falamos aqui de padrões internos, teleologicamente comprometidos com a realização dos seus objetivos e que coexistem com os padrões externos. Estes últimos, como se sabe, podem ter origem em exigências impostas por outras corporações ou, o que é mais comum, no Estado de Direito (ou em mais de um) com o qual a corporação tenha relação de sujeição.

Os padrões deontológicos refletem as normas internas, que apresentam funcionalidade bem diversificada, a exemplo da disciplina orgânica, que delinea estruturas e competências, e do detalhamento das obrigações dos colaboradores, sempre considerando os objetivos a serem alcançados pela corporação. O ambiente corporativo assim delineado oferece certos *standards* comportamentais, os quais são responsáveis pela formação de uma base de valores que espelha a identidade ético-moral da corporação.

Apesar de pertencerem ao plano axiológico, os valores são diretamente influenciados pelo *dever ser* característico dos padrões deontológicos. Assim ocorre porque as normas, por serem impositivas, tendem a direcionar e a estimular a repetição de condutas que resultarão na formação de valores identitários. A *longa repetitio* tende a diminuir a importância da imposição e a aumentar a voluntária adesão aos comportamentos esperados. Apesar da simplicidade dessa constatação, ambientes corporativos, a exemplo de outros ambientes institucionais, como aqueles afetos à

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Administração Pública, não são imunes à influência dos valores inerentes ao ambiente social ou a cada indivíduo em particular.

Quando se identifica uma dissonância entre os valores envolvidos, os objetivos da corporação podem ser atrasados ou, no extremo, comprometidos. Tudo dependerá da intensidade dessa dissonância e dos instrumentos utilizados pela corporação na disseminação dos seus valores junto aos colaboradores, tarefa particularmente complexa quando esses colaboradores vivem em um ambiente social em que valores diversos estão sedimentados, praticando-os com absoluta naturalidade.

Esse quadro fica ainda mais acentuado em relação às multinacionais, que podem entrar em contato com realidades substancialmente distintas daquela subjacente ao território em que foram constituídas. A sua superação, por vezes, exigirá uma “ *fusão de horizontes*”. Afinal, como ressaltado por Zygmunt Bauman (2011: 81):

[s]e aquilo que cada aglomeração humana percebe como verdade é a base de sua experiência coletiva, então os horizontes que cercam seu campo de visão também são as fronteiras das verdades coletivas. Se, vindos de uma variedade de aglomerações, desejamos encontrar uma verdade comum a todos e sobre ela concordar, precisamos de uma “ *fusão de horizontes*”, condição preliminar de uma síntese de experiências de histórias distintas, de um futuro comum.

A opção pela imposição, não pela fusão de horizontes, pode, no extremo, inviabilizar a própria continuidade de suas operações.

A necessidade de a corporação disseminar seus valores entre os colaboradores torna-se não só necessária como premente ao lembrarmos a possibilidade de ser responsabilizada pelos atos que pratiquem e que, de algum modo, possam beneficiá-la. É a doutrina do *vicarious liability* (responsabilidade indireta) – Nitish Sing e Thomas J. Bussen, 2015: 8 – muito em voga em se tratando de ilícitos que possam ser reconduzidos a uma pessoa jurídica.

Embora seja certo afirmar que a corporação deve buscar o lucro, o que interessa aos *stakeholders* (partes interessadas) e aos *shareholders* ou *stockholders* (acionistas) em particular, os Estados contemporâneos não permanecem indiferentes aos meios utilizados para a realização desse objetivo. Corporações que se utilizam de instrumentos ilícitos em suas atividades regulares, a exemplo da corrupção de agentes públicos, nacionais ou estrangeiros, praticam infrações e estão sujeitas às penalidades cominadas. Como os colaboradores são a *longa manus* das corporações, são eles que idealizam e exteriorizam o *animus corrumpendi*. Evitar que o façam é o desafio a ser enfrentado. Ao menos por aquelas que almejam conduzir-se em harmonia com a juridicidade, vale dizer, com os padrões externos impostos pelo Estado. Essa advertência é relevante, pois é sabido que muitas, deliberadamente, agem à margem da lei para aumentar seus lucros. Aliás, uma das razões de a Organização de Cooperação e

Desenvolvimento Econômico ter capitaneado a celebração da Convenção Internacional de Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros¹, de 1997, reside no fato de os Países desenvolvidos terem percebido um aumento exponencial do custo final dos seus produtos em razão dos atos de corrupção rotineiramente praticados (e estimulados por muitos governos), para o aumento das exportações. A busca da pureza relacional, de um *honestus viveri*, se existiu, foi mais simbólica que real.

Sensíveis à importância da disseminação de sua identidade, as corporações têm desenvolvido mecanismos que buscam delinear a deontologia e a axiologia internas, difundi-las, fiscalizar a sua observância, bem como prevenir e reprimir a sua inobservância, responsabilizando os colaboradores que deles se distanciem e realizando as devidas comunicações às autoridades competentes. Esses mecanismos têm sido incluídos sob a epígrafe mais ampla do *compliance*.

O objetivo de nossas breves reflexões é o de identificar, inicialmente, a importância assumida pelo *compliance* nas corporações contemporâneas, considerando a sua influência na mitigação ou, a depender do sistema, no próprio afastamento de possíveis punições decorrentes de rupturas da juridicidade em sua atuação na ordem econômica. Ato contínuo, analisaremos o processo formativo dos valores, inclusive daqueles sedimentados a partir dos programas de *compliance*, e de sua influência no surgimento de uma verdadeira cultura corporativa.

2. A importância do *compliance* nas corporações contemporâneas

A existência de um sistema corporativo interno que busca assegurar a aderência dos colaboradores a padrões deontológicos, definidos em um código de conduta, e a padrões axiológicos, formados a partir dos valores que se originam dessas imposições, exige que sejam estabelecidas ações de disseminação, controle, prevenção e repressão, sempre permeadas por um contínuo processo de reavaliação.

No direito norte-americano, a *United States Sentencing Commission* (USSC) estimulou a adoção de programas dessa natureza com a edição, em 1991, do *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* (FSGO), cujos objetivos centrais eram a aplicação de sanções justas e a dissuasão da prática de ilícitos. O estímulo mencionado decorria da mitigação das penalidades, especialmente multas, a serem aplicadas às corporações que mantinham programas efetivos. No extremo oposto, eram agravadas em até 400% as penalidades das corporações que não os possuíam. Esse quadro foi acentuado com a reforma de 2004, que buscou estimular o desenvolvimento de uma cultura corporativa de prevenção e identificação de infrações penais.

O FSGO [§8B2.1(b)] estabeleceu os sete pilares de um efetivo programa de ética e *compliance*: (a) criação de padrões, processos e procedimentos para prevenir e identificar infrações penais; (b) supervisão do programa pelos escalões mais

¹ A Convenção foi promulgada na ordem interna pelo Decreto nº 3.678/2000 e ensejou a inserção de um Capítulo II-A no Título XI do Código Penal brasileiro, intitulado "Dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública Estrangeira".

elevados da corporação; (c) exclusão, das posições de maior autoridade, dos atores que, no passado, agiram à margem da juridicidade; (d) efetiva comunicação entre todos os níveis dos trabalhadores; (e) monitoramento contínuo, com procedimentos razoáveis para identificação e comunicação de infrações penais, evitando retaliações aos comunicantes, inclusive com a preservação de sua identidade; (f) execução do programa de modo consistente, balanceando de modo adequado incentivos e medidas disciplinares; e (g) autocomunicação dos ilícitos detectados e prevenção de sua recorrência. Cf. Nitish Sing e Thomas J. Bussen, 2015: 12-13.

Com base no FSGO, o Departamento de Justiça veiculou o memorando Holder e, posteriormente, o memorando Thompson, estabelecendo os "*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*", exigindo de todos os Promotores que considerassem, ao avaliar se deveriam promover a acusação da corporação, (a) a gravidade da infração; (b) a difusão das práticas ilícitas; (c) as condutas pretéritas; (d) a divulgação oportuna do ilícito; (e) a vontade de cooperar; e (f) a existência e a efetividade do programa de *compliance*. Como se percebe, programas dessa natureza, devidamente estruturados e que efetivamente alcançam a realidade, passaram a ser considerados na avaliação da conveniência de ser formulada a acusação ou mesmo na celebração de um acordo. Na Grã-Bretanha, o *United Kingdom Bribery Act* de 2010, que entrou em vigor em 1º de julho de 2011, considerou infração penal a *failure of commercial organisations to prevent bribery*, título atribuído à Seção VII. Além disso, previu que a existência de mecanismos de *compliance* influiria na dosimetria das sanções, a exemplo do que passou a ser feito no *Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977.

O FSGO ainda ofereceu diretrizes para a definição do nível de culpabilidade das corporações nas infrações penais, o que leva em conta a gravidade da infração e a existência de fatores agravantes e atenuantes, nos termos do §8C2.5 (Martins T. Biegelman e Daniel R. Biegelman, 2008: 9). São fatores agravantes o envolvimento dos altos escalões da corporação ou sua tolerância com a atividade ilícita; o histórico de desvios da corporação; a violação de ordem judicial; e as tentativas voluntárias de obstruir ou impedir a apuração ou a punição do ilícito. São fatores atenuantes a existência, durante todo o tempo do ilícito, de um programa efetivo nos moldes delineados pelo FSGO; e a comunicação voluntária do ilícito, pela corporação, às autoridades competentes, colaborando com as investigações e aceitando a responsabilidade por suas ações (Nitish Sing e Thomas J. Bussen, 2015: 13).

O *Sarbanes-Oxley Act* (SOX) de 2002 exigiu das corporações públicas com ações em bolsa a adoção de um programa de *compliance*, também impondo, em sua seção 406, que fosse divulgado se os oficiais financeiros seniores tinham adotado um Código de Ética. A seção 806 dispõe sobre medidas de proteção para os *whistleblowers* (noticiantes do bem) e a seção 1.107 cominou sanções criminais para aqueles que adotassem medidas de retaliação contra esses noticiantes.

O *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 2010, que também reformou o *Securities Exchange Act* de 1934, estimulou as corporações a estabelecerem uma autorregulação, desenvolvendo canais formais para a comunicação

de ilícitos, e estatuiu que as recompensas para os *whistleblowers* elegíveis seriam fixadas entre 10% e 30% das penalidades financeiras pagas em processos conduzidos pela *Securities and Exchange Commission* (SEC), órgão que já exigira, em momento anterior, por meio do *Investment Advisers Act* [Rule 206(4) -7], que as corporações implementassem o programa de *compliance* e contassem com um *chief compliance officer*. Nitish Sing e Thomas J. Bussen (2015: 5) observam que a SEC recebeu 6.573 comunicações de *whistleblowers* entre 2011 e 2013, pagando 14,8 milhões de dólares em recompensas apenas em 2013.

O reconhecimento da importância dos programas de *compliance* tornou-se um lugar comum, multiplicando-se as leis sobre a temática, incluindo o fortalecimento do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977, cujas sanções passaram a ser diretamente influenciadas pela existência, ou não, de programas efetivos como esse. Entre as leis existentes, merece destaque o *Federal Acquisition Regulation* (FAR), que integra o Capítulo I do Título 48 do *Code of Federal Regulations* e dispõe sobre políticas e procedimentos uniformes para a aquisição de bens e serviços pelos órgãos federais. A FAR exigiu que os contratados pelo governo contassem com sistema de controle interno, código de conduta e linha direta de comunicação para assegurar a efetividade do programa de *compliance*.

Esses aspectos estruturais são particularmente relevantes ao lembrarmos que os grandes méritos do modelo norte-americano não estão propriamente na tipificação de ilícitos e na cominação de sanções, mas, sim, no alargamento dos canais de acesso aos órgãos de persecução e na real probabilidade de o infrator sofrer uma sanção, o que diminui sobremaneira o risco de rupturas com a juridicidade e aumenta o quantitativo de denúncias espontâneas, daí a relevância, perante as autoridades competentes, das medidas internas, sintetizadas no programa de *compliance*, que buscam formar uma cultura corporativa, infensa à ilicitude.

No direito brasileiro, o embrião dos programas de *compliance* foi oferecido pela Lei nº 9.613/1998 (Lei da Lavagem de Dinheiro). Após enunciar as pessoas físicas e jurídicas que desempenham atividades potencialmente sensíveis à sua utilização para fins de lavagem de dinheiro (art. 9º), enunciou uma série de obrigações a que estavam sujeitas, a exemplo da identificação dos seus clientes, do registro das operações realizadas, do atendimento das requisições formuladas pelos órgãos competentes e da imposição de comunicação de certas operações (arts. 10 e 11). A exigência de que fosse estruturado um programa de *compliance* veio a ser acentuada com a Lei nº 12.683/2012, que atribuiu ao Capítulo V o título "*das pessoas sujeitas ao mecanismo de controle*" e alterou a redação do inciso III do art. 10 pela Lei nº 12.683/2012, impondo às referidas pessoas a obrigação de adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender às exigências legais e à disciplina estabelecida pelos órgãos de controle. O objetivo dessas exigências era o de evitar que pessoas físicas ou jurídicas com atividades sensíveis pudessem ser utilizadas para a prática da lavagem de dinheiro. Na medida em que a inexistência ou a precariedade desses mecanismos poderia simplesmente

inviabilizar a prevenção e a repressão a essa espécie de infração penal, aqueles que deixassem de cumprir suas obrigações, bem como os administradores das pessoas jurídicas, estariam sujeitos às sanções administrativas cominadas no art. 12.

Com o advento da Lei nº 12.846/2013, a relevância jurídica dos programas de *compliance* foi estendida à generalidade das pessoas jurídicas que se relacionam com a Administração Pública. Esse diploma normativo dispôs sobre a responsabilização das pessoas jurídicas, nos planos administrativo e cível, pela prática de atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira. É a Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas (LRPJ).

A Lei nº 12.846/2013 introduziu, em seu art. 5º, uma tipologia de ilícitos passíveis de serem praticados pelas pessoas jurídicas. Os atos lesivos podem ser agrupados nas seguintes categorias: prometer, oferecer ou dar vantagem indevida a agente público (inc. I); arcar com o ônus financeiro dos ilícitos previstos na LRPJ (inc. II); dissimular seus reais interesses (inc. III); fraudar licitações e contratos administrativos (inc. IV); e dificultar ou intervir na fiscalização de suas atividades pelos órgãos competentes (inc. V). A prática desses atos lesivos pode redundar em (1) responsabilização administrativa, daí decorrendo a possibilidade de serem aplicadas sanções de igual natureza, e em (2) responsabilização judicial, com a aplicação de sanções de natureza cível *lato sensu*, sem prejuízo das sanções de natureza penal e daquelas previstas na Lei nº 8.429/1992. Trata-se de técnica legislativa incomum no direito brasileiro, já que uma unidade de tipologia é utilizada simultaneamente em duas instâncias de responsabilização.

Outros dois aspectos de grande relevância dizem respeito à previsão do acordo de leniência, em que a pessoa jurídica que colaborar com as investigações e com o processo administrativo ficará isenta de algumas sanções e terá reduzida a multa que vier a sofrer, bem como à previsão de que a responsabilidade se dará de maneira objetiva, o que torna desinfluyente a perquirição do dolo e da culpa daqueles que atuam como sua *longa manus*.

A responsabilidade objetiva, ao afastar as discussões em torno da adesão da pessoa jurídica à conduta ilícita, aumenta o seu ônus na adoção de medidas para evitar práticas ilícitas no interior de seus quadros, daí a relevância do programa de *compliance*. O curioso é que esse é tão somente um dos oito fatores previstos no art. 7º da Lei nº 12.846/2013, a grande maioria direcionada à natureza da conduta, que influirá na gradação das sanções a serem aplicadas, previstas nos arts. 6º e 19, conforme estejamos, respectivamente, perante a responsabilidade administrativa ou judicial cível. O detalhamento desse programa foi relegado ao plano infralegal, o que ocorreu com a edição do Decreto nº 8.420/2015, que o denominou de programa de integridade, estabelecendo os seus contornos básicos, em caráter nacional, nos arts. 41 e 42.

Com o programa de integridade, a pessoa jurídica demonstra que adotou medidas, em sede de controle interno, para assegurar o cumprimento das normas vigentes, tanto as de natureza externa como as de cunho interno. Essas medidas passam pelo (a) treinamento de funcionários e prepostos, cujas ações implicarão

diretamente a pessoa jurídica a que estão vinculados; (b) estabelecimento de códigos de ética internos; (c) zelo da escrituração contábil e a constante avaliação da veracidade das informações existentes; (d) controle das oscilações do ativo e do passivo da pessoa jurídica, com especial ênfase para a aquisição e venda de bens duráveis, que podem encobrir transações ilícitas com agentes públicos; (e) o acompanhamento das atividades terceirizadas, em especial daquelas em que há representação dos interesses da pessoa jurídica junto ao Poder Público, como ocorre com contadores e advogados; (f) desenvolvimento de mecanismos que facilitem o acesso à pessoa jurídica e o fluxo de informações, como é o caso das ouvidorias, que devem estar vinculadas, preferencialmente, aos níveis mais elevados da hierarquia interna etc. Exigem, ainda, comprometimento desses níveis mais elevados de direção com o combate à corrupção, padrões objetivos de relacionamentos com terceiros, principalmente em relação à distribuição de brindes e à realização de contribuições, e efetivo acompanhamento das medidas adotadas. O programa de integridade tende a alcançar maiores níveis de efetividade conforme seja ampliada a autonomia do respectivo gestor, o *compliance officer*. A higidez dos programas de integridade torna-se particularmente relevante em relação às sociedades empresárias que desenvolvam atividades em outros países, já que, por força do seu art. 28, a LRPJ alcança, igualmente, *“os atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior”*. Para que os programas tenham o mínimo de efetividade, é preciso a identificação das variáveis de risco, que passam pelo território de atuação da pessoa jurídica e a base de valores sedimentada no ambiente social; o nível de relacionamento com o setor público; as atividades desempenhadas; a existência, ou não, de intermediários; a liberdade valorativa e decisória dos agentes públicos etc. Essas informações são colhidas a partir da análise de documentos, entrevistas, pesquisa de campo etc. O modelo brasileiro, em que os esforços com a prevenção podem influir na dosimetria das sanções a serem aplicadas, já é adotado em outros países, como a Espanha (CP, art. 31-*bis*).

A Lei nº 13.303/2016, que dispôs sobre o estatuto jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista, estatuiu, em seu art. 17, § 4º, que os administradores eleitos deveriam participar, anualmente, de treinamentos sobre controle interno, código de conduta e a LRPJ, acrescentando, em seu art. 9º, a necessidade de serem adotadas regras de estruturas e práticas de gestão de risco e controle interno que cumpram os requisitos ali previstos.

Ainda merece realce a tímida utilização, no direito brasileiro, do *whistleblower*. Foi previsto na Lei nº 13.608/2018, cujo art. 4º dispôs que *“a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas competências, poderão estabelecer formas de recompensa pelo oferecimento de informações que sejam úteis para a prevenção, a repressão ou a apuração de crimes ou ilícitos administrativos”*. A mesma sistemática foi introduzida no art. 4º, VI e VII, da Lei nº 10.201/2001, sendo prevista, além da garantia de sigilo, a premiação em dinheiro para a resolução de crimes. Este último diploma legal foi revogado pela MP nº 841/2018, que dispôs sobre o Fundo Nacional

de Segurança e encampou o mecanismo no art. 5º, IX e X, mas teve a sua vigência encerrada no prazo constitucional. Além da timidez normativa, tem-se uma nítida inversão de valores no ambiente social, que vê de modo negativo aquele que fornece informações, às autoridades competentes, sobre os autores de ilícitos.

3. A cultura corporativa enquanto resultado da transição do plano deontológico para o axiológico

A cultura pode ser vista como um processo essencialmente dinâmico, apresentando variações conforme os circunstancialismos de ordem pessoal, espacial e temporal. Individualiza uma comunidade e a distingue de outras comunidades. A cultura assume, a um só tempo, os mesmos traços que os antropólogos costumam lhe atribuir, vale dizer, é algo que todos têm, contrastando com a “cultura” encontrada em certos ciclos intelectualizados (Richard A. Hudson, 1996: 70); e os mesmos contornos que formam o plano de desenvolvimento de qualquer investigação de natureza sociológica, apontando para a identidade de uma comunidade.

Além de processo, cultura também é significado. Exige a percepção do contexto e a realização de juízos valorativos, permitindo sejam individualizadas as características de uma comunidade. A apreensão da identidade cultural é influenciada não só por uma base empírica, como pelos referenciais de racionalidade, expressando convergência e um *locus* comum no ambiente sociopolítico, e emotividade, que externa a sensibilidade do intérprete no delineamento de uma identidade que, em última *ratio*, é igualmente sua.

Cultura, em seus contornos mais amplos, é tudo aquilo que, para além das funções biológicas e do oferecido pela natureza, “*dá à vida e à atividade humanas, forma, sentido e conteúdo*” (E. Benveniste, 1966: 30). É, acima de tudo, fruto do processo social, marcado pela contínua interação e renovação dos indivíduos, que, além de conviver no mesmo ambiente, são alcançados pelo ciclo vital da espécie humana, que principia com o nascimento e cessa com a morte. Esse processo faz que gerações contemporâneas, em razão de sua contínua convivência, passem a partilhar de algumas ideias e símbolos, bem como que cada nova geração comece sua formação integrada a esse processo, o que possibilita o contato com o adquirido social e a sua consequente evolução.

Em uma concepção elitista, cultura seria o nome dado ao melhor que já foi feito e pensado nas mais diversas searas da atividade humana (v.g.: literatura, arte, música, ciências etc.). Para concepções populares, indicaria os aspectos da vida diária, que delineiam o modo de ser e agir de uma coletividade (v.g.: culinária, estilo de vida, indumentária etc.) – cf. Brenda Almond, 2003: 37. Cada sociedade tem suas próprias ideias coletivas, que se tornam comuns, ao menos parcialmente, entre os membros da população, e formam a sua cultura. Cf. José Luiz Bulhões Pedreira, 2008: 201. Em face da individualidade de cada ser humano, é natural que nem todos tenham apreendido ou partilhem dos elementos que delineiam a cultura de uma sociedade. Enquanto alguns desses elementos são mais generalizados, outros só se manifestam em setores

específicos do ambiente sociopolítico. Sociedade multicultural, por sua vez, é aquela em que se verifica uma diversidade de manifestações culturais, não raro inconciliáveis entre si, no âmbito dos diferentes grupos que a compõem.

Do mesmo modo que temos uma cultura social, é possível falarmos em uma cultura corporativa. Em uma análise mais superficial, a cultura corporativa, enquanto microcosmos que é contextualizado e se desenvolve em um universo sociopolítico delimitado, qual seja, em um País e em uma sociedade em particular, poderia ser vista como um recorte da cultura social, que seria delineada pelas lentes da atividade econômica desenvolvida. Diz-se que essa análise é superficial por duas razões básicas.

A primeira razão aponta para a constatação de que o multiculturalismo, em uma era de globalização econômica, torna mais intensa a fusão de horizontes culturais e, em alguns casos, a própria preeminência da cultura da matriz sobre a cultura do País hospedeiro, o que afasta a imagem dos círculos concêntricos e atrai a dos círculos secantes, em que a cultura corporativa se identifica apenas parcialmente com a cultura social.

A segunda razão está associada à imposição externa, realizada pela ordem jurídica de cada País no qual a corporação tenha operações ou pelo direito internacional convencional, que atrai a observância dos comandos normativos, não raro dissociados da cultura social, os quais influenciarão na cultura corporativa, já que sua inobservância pode redundar na imposição de sanções e, no extremo, na própria dissolução da corporação. Embora possa soar estranho, já que o direito é um fenômeno social, não é incomum que a elaboração das normas de conduta seja direcionada por uma pureza ético-moral, de todo dissociada da cultura social. Nesse caso, é possível que a validade jurídica se dissocie da validade social, com a eventual ocorrência do fenômeno da denominada derrogação costumeira ou desuso ("*Phänomen der Derogation durch Gewohnheitsrecht – desuetudo*" – Robert Alexy, 2002: 147), em que a norma permanece formalmente hígida, mas é socialmente inválida, de modo que a perda de sua juridicidade é medida extrema, que principia pela sua não invocação no âmbito dos tribunais, até que seja obtido o expresse reconhecimento de sua não imperatividade. Cf. Aleksander Peczenik, 1989: 29.

Embora o deontológico ocupe um plano existencial distinto do axiológico, é factível a influência que exerce sobre este último. Ainda que as normas externas e internas a serem observadas na corporação possam encontrar a resistência dos colaboradores, mais afeiçoados a uma cultura social de todo infensa a padrões ótimos de ética e moralidade, a efetividade dos mecanismos de controle interno, com ênfase para o código de ética, a ouvidoria, a fiscalização e a responsabilização, tende a delinear, a partir da *longa repetitio*, uma base de valores estranha ao ambiente externo.

O zelo dos altos escalões da corporação na efetividade do programa de *compliance* tende a fazer que a coerção própria do plano deontológico transite para a voluntária adesão inerente ao plano axiológico. Para que essa transição seja possível, é necessária a formação de uma base de valores que dará sustentação a uma cultura corporativa plenamente harmônica com as imposições externas.

O valor, que tem natureza transitória e contingente (Andrea Longo, 2002: 87), pode assumir contorno puramente subjetivo, surgindo a partir da crença, individual ou comunitária, da preferibilidade de algo (Joseph Raz, 2002: 11); ou objetivo, sendo extraído de certa base de análise, como o direito posto, a sociedade ou o ambiente corporativo. Em outras palavras, reflete tanto uma atitude por parte do sujeito, o ato de avaliar ou valorar, como uma característica atribuída ao objeto (Aleksander Pekzenick, 1989: 75). Uma teoria dos valores evidencia a distinção entre posturas puramente descritivas e críticas: enquanto as primeiras indicam um comportamento neutral por parte do intérprete, as segundas refletem a sua opinião a respeito do objeto interpretado (Ralph Barton Perry, 2007: 3). Quem descreve se limita a observar, constatar, medir. Quem critica avança da observação, constatação ou medição, para amar, odiar, aprovar ou desaprovar aquilo que foi observado, constatado ou medido. As opiniões obtidas a partir da crítica possibilitarão o delineamento de uma diversidade de valores, que refletirão a percepção do intérprete a respeito de cada um dos objetos interpretados.

A teoria dos valores, embora possa se voltar tanto ao estudo do ato de valorar, como ao objeto passível de valoração, é sempre estruturada a partir de considerações de natureza ontológica, genealógica e epistemológica, vale dizer, busca identificar o que são os valores, qual a sua origem e qual o conhecimento que se tem sobre eles. (Cf. Sanne Taekema, 2002: 2) A opção por uma ou outra vertente, vale dizer, pelo objeto ou pela ação, tende a ser influenciada pela adesão, respectivamente, às teorias cognitivistas ou não cognitivistas. (Cf. Aleksander Peczenick, 1989: 47 e Folk Tersman, 2006: 2)

Consideram-se cognitivistas ou descritivistas as teorias que identificam os valores a partir de uma base de análise de natureza estática, permitindo concluir pela verdade ou falsidade das conclusões alcançadas, já que os valores, nesse caso, são tão somente conhecidos. Essas teorias podem ser subdivididas em naturalistas e não naturalistas: no primeiro caso, a base de análise está consubstanciada em um referencial metafísico (v.g.: razão, natureza etc.); no segundo, por sua vez, busca sustentação em propriedades não naturais que apresentam uma relação de inerência com pessoas, objetos, ações e fatos. Em ambos os casos, quer sejam obtidos a partir de um referencial externo ao objeto considerado, quer sejam tidos como inerentes a ele, os valores, repita-se, serão apenas conhecidos. Essas teorias apresentam a evidente dificuldade em demonstrar a subsistência de referenciais axiológicos à margem das vicissitudes do contexto e da capacidade de apreensão do intérprete.

As teorias não cognitivistas, por sua vez, encontram sustentação no entendimento de que, qualquer que seja a base de sustentação dos valores, ela assume contornos meramente exibicionistas. Não oferece valores prontos e acabados. E muito menos permite ao intérprete desenvolver uma atividade puramente descritiva. Fala-se em exibicionismo para indicar o oferecimento das variáveis sobre as quais o intérprete desenvolverá a sua atividade intelectual, o que lhe permitirá delinear os valores pertinentes ao caso. Não é incomum que construções não cognitivistas sustentem que juízos valorativos são frutos de sentimentos ou emoções, o que certamente

compromete a racionalidade da construção. Em qualquer caso, o intérprete, a partir de uma base ao alcance de todos, delinea, com os influxos de sua personalidade, os valores, que não poderão ser considerados verdadeiros ou falsos (Aleksander Peczenik, 1989: 49 – de acordo com o autor, os valores “*can no more be true than numbers healthy*”).

Os valores que se desprendem do programa de *compliance* e concorrem para a formação da cultura corporativa são essencialmente cognitivistas e não naturalistas, tendo um objeto de análise bem delimitado.

Epílogo

A estruturação de programas de *compliance* é uma exigência indissociável das corporações contemporâneas. Apesar de não termos a ingenuidade de afirmar que a adstrição a padrões éticos e morais decorre de uma espécie de imperativo categórico corporativo, indicando que somente se faz ao próximo aquilo que se deseja seja feito para si, a verdade é que imposições normativas e o risco de sofrer sanções exigem o aprimoramento dos mecanismos de controle interno. Se estamos perante a imposição de condutas, o que é típico do plano deontológico, não é utópico projetarmos a possibilidade de formarmos uma cultura corporativa direcionada pela base de valores que se forma a partir do referido plano.

Caso a corporação logre êxito na formação de uma cultura corporativa harmônica com padrões ótimos de ética e moral, é perfeitamente possível que seus colaboradores, longe de serem impelidos a atuar desta ou daquela maneira, passem a aderir voluntariamente a esses valores. Essa adesão tende a aumentar o nível de satisfação interna e a maximizar os resultados a serem obtidos.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München: Karl Alber GmbH, 2002.
- ALMOND, Brenda. Morality and multiculturalism. In: NISSEN, Ulrik; ANDERSEN, Svend; REUTER, Lars. *The sources of public morality: on the ethics and religion debate: proceedings of the annual conference of the Societas Ethica in Berlin, August 2001*. Münster: LIT, 2003, p. 36.
- BAUMAN, Zygmunt. *A Cultura no Mundo Líquido Moderno (Culture in a Liquid Modern World)*. Trad. de MEDEIROS, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BENVENISTE, E. *Problèmes de linguistique générale*. Paris: Gallimard, 1966.
- BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. *Building a World-Class Compliance Program: Best Practices and Strategies for Success*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2008.
- GARCIA, Emerson. *Interpretação Constitucional. A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015.
- _____. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HUDSON, Richard A. *Sociolinguistics*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

LONGO, Andrea. Valori, principi e costituzione: qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base. In *Diritto e Stato*, n° 1, 2002, p. 76.

PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*. 2ª ed. The Netherlands: Springer, 1989.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Conhecimento, sociedade e direito: introdução ao conceito de direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERRY, Ralph Barton. *General theory of value*. USA: Read Books, 2007.

RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. New York: Oxford, 2002.

SINGH, Nitish; BUSSEN, Thomas J. *Compliance Management. A How to guide for Executives, Lawyers, and Other Compliance Professionals*. California: Praeger, 2015.

TAEKEMA, Sanne. *The concept of ideals in legal theory*. The Hague: Springer, 2002.

TERSMAN, Folke. *Moral disagreement*. New York: Cambridge University Press, 2006.

Trajetória de *compliance* no Brasil e sua importância para o Ministério Público brasileiro

The way of compliance in Brazil and it's importance for the Brazilian Prosecutor's Office

Cláudia Turner Pereira Duarte*

Matheus de Alencar**

Sumário

1. Introdução. 2. Trajetória de *compliance* no Brasil: onde estamos e para onde vamos? 3. Propostas a partir do direito comparado. 4. A importância de *compliance* para a atuação do Ministério Público brasileiro. 4.1. *Compliance* para a atividade-meio. 4.2. *Compliance* para a atividade-fim. 5. Conclusão. Referências.

Resumo

O presente estudo busca analisar o papel do *compliance* na esfera do Ministério Público, para além da sua mera utilização como ferramenta de combate à corrupção. Isso porque, no Brasil, o tema parece remeter automaticamente ao microcosmo legislativo da anticorrupção. Essa correlação, explicada pela trajetória de *compliance* no Brasil, especialmente no contexto da Lei Federal nº 12.896/13, deixa de explorar alternativas de aplicação que tratem desse instituto sob uma visão mais ampla, com foco na prevenção e controle de riscos. O foco atual de *compliance*, restrito quase que exclusivamente ao aspecto repressivo, limita a discussão sobre o tema no poder público brasileiro. Um dos principais problemas diz respeito à falta de introyecção de experiências pretéritas como mecanismo de prevenção à repetição dos erros. Direcionar a melhor estratégia para lidar com os crimes econômicos em sua dimensão concreta pode ser, enfim, o foco adequado da discussão de *compliance* no

* Mestre na linha de Direito Público na UERJ. *Máster en Cumplimiento Normativo en materia penal pela Universidad de Castilla-La Mancha* (UCLM). Pós-graduada em Direito Privado pela Universidade Gama Filho (Pós-Graduação *lato sensu*). Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Membro Suplente da Banca de Direito Administrativo do XXXV Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

** Doutor e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). *Máster e Especialista en Cumplimiento Normativo penal pela Universidad de Castilla-La Mancha* (UCLM). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Consultor em matéria de Direito, Tecnologia e Conformidade Normativa junto à Gussem - Saad Consultoria. Trabalha com direito e tecnologia, com foco em direito penal, *compliance*, ciência de dados, novas tecnologias, design jurídico e métodos ágeis de desenvolvimento de software.

poder público. Nesse contexto, dois fatores parecem ser especialmente relevantes: a responsabilidade penal da pessoa jurídica e o aspecto preventivo dos programas de *compliance*. Sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a experiência internacional aponta para uma correlação importante entre a existência e aplicação desse modelo de responsabilização, o fomento à adesão aos programas de *compliance* e a efetividade da regulação dos crimes de empresa. Uma das formas de tornar essa responsabilização legítima e permitir que as empresas possam se defender é por meio do recurso à adesão desses programas como mecanismo preventivo. Quanto ao aspecto preventivo dos programas de *compliance*, seu objetivo específico é de antecipar o fenômeno típico, a fim de impedir a sua ocorrência. Isso significa que, diante de crimes de natureza econômica, o Ministério Público pode se valer de outras estratégias mais eficientes e dotadas de maior resolutividade, para além da perseguição individual. Trata-se de evitar que ocorram certos conflitos que, *a priori*, são previsíveis. O potencial transformador do *compliance* na produção de resultados efetivos por parte do Ministério Público depende do aprimoramento da própria compreensão desse instituto. Assim, estabelecido o contexto necessário à análise, e com base em propostas do direito comparado, e especialmente diferenciando os conflitos de *compliance* nas iniciativas privada e pública, são apresentadas propostas para o aprimoramento de *compliance* na esfera do MP. Para que o instituto encontre sua função própria na administração pública, deve-se evitar que entre em atrito ou redundância com as estruturas de controle interno já estabelecidas. Assim, são apresentadas propostas tanto no contexto da atividade-meio quanto da atividade-fim do Ministério Público. Pretende-se, com isso, atacar a estrutura organizada que permite ou incentiva as infrações ao direito e o polo de recursos que impulsiona e potencializa a capacidade causadora de dano dessas condutas, para que os recursos da administração pública sejam direcionados à produção de valores positivos para a sociedade, auxiliando o Ministério Público a cumprir suas missões constitucionais.

Abstract

This study seeks to analyze the role of compliance in the sphere of the Public Prosecution's Office (Ministério Público), beyond its mere use as a tool to combat corruption. In Brazil, this topic seems to automatically refer to the legislative microcosm of anti-corruption. This correlation, explained by the compliance trajectory in Brazil, especially in the context of Federal Law No. 12,896/13, fails to explore alternative applications that deal with this institute from a broader perspective, focusing on risk prevention and control. The current focus on compliance, restricted almost exclusively to the repressive aspect, limits the discussion on the topic within the Brazilian public administration. One of its main problems concerns the lack of introjection of past experiences as a mechanism to prevent the repetition of errors. Directing the best strategy to deal with economic crimes in their concrete dimension may ultimately be the appropriate focus of the discussion of compliance in the public administration. In this context, two factors seem to be especially relevant: the criminal liability of the legal entity and the preventive aspect of compliance

programs. Regarding the criminal liability of legal entities, international experience points to an important correlation between the existence and application of this accountability model, the promotion of adherence to compliance programs and the effectiveness of regulating corporate crimes. One of the ways to make this responsibility legitimate and allow companies to defend themselves is by using these programs as a preventive mechanism. As for the preventive aspect of compliance programs, their specific objective is to anticipate the typical phenomenon in order to prevent its occurrence. This means that, when faced with crimes of an economic nature, the Public Prosecutor's Office can use other, more efficient and more effective strategies, in addition to individual persecution. The aim is to prevent certain conflicts that are predictable from occurring. The transformative potential of compliance in producing effective results by the Public Prosecutor's Office depends on improving the understanding of this institute itself. Thus, having established the necessary context for the analysis, and based on proposals from comparative law, and after differentiating compliance conflicts in private and public initiatives, proposals are presented for improving compliance in the sphere of the Public Prosecutor's Office. In order for the institute to find its own role in public administration, it must be prevented from entering into conflict or redundancy with already established internal control structures. Thus, proposals are presented both in the context of the Public Prosecutor's Office's primary and core activities. The aim is to attack the organized structure that allows or encourages violations of the law and the resource pool that drives and enhances the damage-causing capacity of these conducts, so that public administration resources are directed to the production of positive values for society, helping the public administration to fulfill its constitutional missions.

Palavras-chave: Direito administrativo. Compliance. Ministério Público. Governança corporativa.

Keywords: Administrative Law. Compliance. Public Prosecutor's Office. Corporate governance.

1. Introdução

No Brasil, o tema *compliance* parece remeter automaticamente às discussões sobre combate à corrupção. Em que pese a inegável importância dessa correlação desde a promulgação da Lei Federal nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção de Empresas) e das repercussões da Operação Lava Jato, não se pode negligenciar o tratamento da matéria no contexto internacional. Há outras possibilidades de aplicação do instituto, com um olhar voltado para o funcionamento das empresas e a necessidade de alavancar órgãos de controle interno de riscos que reorientem a gestão corporativa por um modelo de cumprimento normativo voluntário. Esse modelo pode ser estruturado por mapas de riscos e por mecanismos de prevenção que alcancem não só a evitação das práticas de suborno, mas sim todos os tipos de infrações legais e éticas que violem objetivos institucionais e valores eleitos pelos modelos de boa governança.

Tendo em conta essa realidade específica, o Ministério Público brasileiro precisa estar atento a essa visão mais ampla sobre *compliance*, que alcança diversas perspectivas: o aprimoramento da sua atuação na atividade-fim, a formatação da gestão na atividade-meio e o estabelecimento das diretrizes de um projeto de administração fundado em uma cultura institucional pautada pela ética.

2. Trajetória de *compliance* no Brasil: onde estamos e para onde vamos?

Em 2013, eclodiram em todo o Brasil grandes manifestações populares que tinham como uma de suas principais bandeiras o combate à corrupção. Nesse contexto, foram aprovadas pelo Congresso Nacional as Leis nºs 12.846 e 12.850 (Brasil, 2013a e 2013b). A primeira delas tem, em seu eixo principal, a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas por atos de corrupção e a ampliação das hipóteses de acordo de leniência no âmbito da administração pública. A segunda define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, com a consolidação de um instituto outrora difuso na legislação penal, que emerge como protagonista: a “colaboração premiada”.

Conquanto parte da doutrina associe a edição das referidas leis aos compromissos assumidos pelo Brasil, em nível internacional, na esteira da aprovação da Convenção da ONU sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, em 1997 (Decreto n. 3.678/2000), com a subsequente ratificação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (Decreto n. 4.410/2002), e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto n. 5.687/2006) (Simão e Vianna, 2017), o que se nota é um distanciamento profundo entre o projeto internacional de luta contra a corrupção e as escolhas e práticas do nosso país.

A nosso ver, o contexto internacional meramente impulsionou a elaboração de projetos de lei para o combate à corrupção, mas não muito mais que isso. As leis que foram aprovadas não foram debatidas com maior profundidade pela sociedade civil, nem foram cotejadas com o projeto internacional em curso, pautado na construção de uma cultura corporativa ética. Elas foram uma reação imediata do Congresso Nacional à inédita comoção nacional, legítima e pautada na experiência coletiva de décadas de desvios de recursos públicos. Representantes eleitos sentiram a pressão das ruas (diga-se, dos eleitores), e aprovaram leis a toque de caixa, com o objetivo de acalmar a multidão.

Não é à toa que a temática do *compliance* no Brasil se restringe ao microcosmo legislativo da anticorrupção, em especial à Lei Federal nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção) e o seu Decreto Regulamentador (Decreto nº 8.420, Brasil, 2015). Não poderia ser diferente, já que as leis foram respostas pontuais, sem conexão real com um projeto mais abrangente de adequação das empresas e instituições ao modelo de gestão de cumprimento normativo voluntário.

Com efeito, o histórico recente de combate à corrupção no Brasil é um reflexo desse processo. Sem a construção de um modelo híbrido, orientado também para a prevenção de práticas de ilícitos e para a reformulação do modelo de gestão das empresas, nossa prática se manteve e se mantém concentrada em seu aspecto repressivo, conforme se apura das grandes operações como “Mensalão”, “Lava Jato”, “Calicute”, entre outras.

Todas elas ainda têm algo em comum: o foco nas respostas penais para condutas individuais. A nosso ver, os movimentos de 2013 permitiram a superação de uma barreira imaginária, sobretudo cultural, que bloqueava a apuração de crimes de colarinho branco, em especial aqueles contra a administração pública e contra as licitações, inscritos respectivamente no Código Penal (Brasil, 1940) e na Lei Federal nº 8.666/93. Nada obstante, a metodologia utilizada para a luta contra a corrupção seguiu a tradição penalista brasileira, focada na repressão de condutas individuais. O modelo de persecução penal dos “*street crimes*” foi projetado no combate à corrupção, agora robustecido pelas ferramentas jurídicas dos acordos de colaboração premiada e eventualmente dos acordos de leniência (papel complementar), ambos focados na constituição de provas para processos individuais. Conclui-se que a discussão de *compliance* ainda está adstrita à matéria anticorrupção, única que alcançou projeção relevante na agenda pública, e que o debate correlato se concentra no aspecto repressivo, focado nas condutas individuais. De forma geral, esses dois fatores limitam a discussão sobre *compliance* no poder público brasileiro.¹

Nesse sentido, Eduardo Saad Diniz (2017) ressalta a relação entre corrupção, obsessão moral, punições inconsistentes e desalinhamento regulatório no Brasil. De acordo com o autor, a obsessão moral se projeta no tema da corrupção por meio de punições individuais, porque é tratada como um problema meramente moral e não negocial. Em muitos casos, trata-se de sanções inconsistentes, com rigidez maior do que a que a própria legislação lhe atribui.

Contudo, esse modelo sancionatório repressivo decorreria não só de uma pauta moralista, mas também da ineficiência do sistema de justiça. A incapacidade de se sancionar os comportamentos em larga escala acaba por gerar um sentimento generalizado de impunidade, e, com efeito, a necessidade de punir com rigor, a fim de compensar os casos não resolvidos.² Este é o centro do debate sobre o desalinhamento regulatório: as autoridades punem com rigidez porque não conseguem resolver os conflitos em grande número, por falta de instrumentos regulatórios adequados e compreensão da dinâmica na esfera econômica.

Esse fenômeno criaria um ambiente de insegurança jurídica, diante da incerteza criada para os regulados e para a sociedade civil como um todo. As empresas passariam

¹ Nesse sentido, Matheus de Alencar e Mariana Casemiro (2021) apontam as dificuldades de *compliance* no poder público quando a discussão é limitada à corrupção, indicando as limitações de se focar somente na sobreposição de controles.

² Ibid.

a operar em amplas margens regulatórias, que variam entre a total ausência de punição e punições severas e mesmo, por vezes, desproporcionais.³

Note-se que a crítica acima não nega o papel essencial da repressão penal em um leque regulatório devidamente equilibrado. O esforço de responsabilizar pessoas por condutas danosas é compromisso de um Estado democrático de Direito verdadeiramente comprometido com direitos e garantias fundamentais. Em verdade, o ponto de crítica e que exige maior atenção no âmbito do *compliance* é a falta de introjeção de experiências pretéritas como mecanismo de prevenção à repetição de erros.

Em síntese, isso significa que é necessário superar a aposta de punições isoladas, de grande repercussão midiática, mas de baixa repercussão na cadeia criminosa. Isso é fundamental para melhor compreender os fatos, fatores e engrenagens que são inerentes às infrações cometidas no interesse e benefício de empresas, e entender qual seria a melhor estratégia para lidar com todos eles. Direcionar a melhor estratégia para lidar com os crimes econômicos (e não só a corrupção), entendido o fenômeno em sua dimensão concreta (econômica, e não moral) pode ser, enfim, o foco adequado da discussão de *compliance* no poder público.

A partir dessa perspectiva, o passo inicial é perceber o que não foi absorvido no fenômeno da luta contra a corrupção (enquanto um dos tipos de crimes de caráter econômico) até aqui, de modo a permitir o giro de tratamento estratégico do problema. Dois fatores iniciais parecem ser especialmente relevantes: (a) a responsabilidade penal da pessoa jurídica e (b) o aspecto preventivo dos programas de *compliance*.

Sobre (a) a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a experiência internacional aponta para uma correlação importante entre a existência e aplicação desse modelo de responsabilização, o fomento à adesão aos programas de *compliance* e a efetividade da regulação dos crimes de empresa.⁴

Da perspectiva do Direito Penal continental europeu, muito se discute sobre a pertinência da responsabilidade penal da pessoa jurídica como estratégia de eficiência político-criminal. Uma das formas de tornar essa responsabilização legítima e permitir que as empresas possam se defender é por meio do recurso à adesão aos programas de *compliance* como forma de diminuição ou até mesmo exclusão da culpabilidade da empresa que se organiza contra os delitos por meio de tais programas. Ao final, além de se encontrar a legitimidade da responsabilização por este caminho, o modelo fomenta a adesão aos programas de *compliance*, potencialmente aumentando as chances de prevenção das falhas corporativas. As impressões sobre a eficiência político-criminal do modelo são muito difundidas ali, sendo digno de nota que as regulações nacionais que se valem desse modelo, mesmo as que adotam uma responsabilidade administrativa rígida, que correm junto do processo penal, têm se multiplicado no continente europeu.⁵

³ Ibid.

⁴ De forma geral: Tiedemann (2010).

⁵ Cf.: Nieto Martín e Garcia De La Galana (2019a, p. 635-662).

Na discussão da *common law*, por outro lado, John Braithwaite (1992) aponta a importância da estruturação estratégica dos modelos regulatórios para atingir o máximo da efetividade na prevenção das grandes falhas corporativas. Sob sua perspectiva, a regulação responsiva deveria ter, como topo de sua estrutura regulatória e de responsabilização, a própria responsabilidade penal da pessoa jurídica, capaz de forçar a autorregulação das empresas por meio de programas de *compliance* direcionados à resolução preventiva e/ou informal dos conflitos.⁶

Essas tendências e modelos, todavia, não foram replicadas na forma do estado da arte no Brasil. Conforme bem aponta Eduardo Saad Diniz (2018), o modelo brasileiro de responsabilidade penal da pessoa jurídica aparece como o topo da regulação nacional do crime corporativo somente nos casos de crimes ambientais, os quais, a seu turno, recebem respostas pouco significantes na legislação penal pátria. E, mesmo para esses poucos casos, a aplicação efetiva da responsabilidade penal das pessoas jurídicas aparece de forma rara. As respostas, na maioria das vezes, ignoram a organização das empresas para a evitação de práticas delitivas ou a verdadeira dimensão dos danos ambientais, ou mesmo a relação essencial entre a estruturação dos comportamentos da empresa na direção do delito e a causalidade relacionada à sua efetiva ocorrência. Ao final, a regulação brasileira é frágil e seus níveis de capacidade de fiscalização e fazer aplicar são muito pequenos, incapazes de enfrentar o tamanho e a envergadura dos recursos, bem como o poder concentrado nas grandes corporações que infringem valores éticos e exploram os recursos naturais pátrios.⁷

Já com relação ao (b) aspecto preventivo dos programas de *compliance*, há que se ter em conta seu objetivo específico de antecipar o fenômeno típico, a fim de impedir a sua ocorrência. Essa versão da luta contra a corrupção precisa ser recontada, na medida em que é deixada de lado pelas supracitadas megaoperações anticorrupção. Isso significa que, diante de crimes de natureza econômica, o Ministério Público pode se valer de outras estratégias mais eficientes e dotadas de maior resolutividade, para além da perseguição individual.⁸ Trata-se de evitar que ocorram certos conflitos que, *a priori*, são previsíveis. É justamente esse objetivo dos programas de *compliance*.

Contudo, não basta a previsão de sua existência. É necessário medir, com base em evidências, o impacto preventivo da regulação de *compliance* no Brasil.⁹ Somente com a conjunção de todos os fatores acima, é possível pensar no bom uso de *compliance* por um Ministério Público que se compromete a ser resolutivo para cumprir sua missão constitucional.

⁶ Dentre outros textos, conferir *Responsive regulation. Transcending the Deregulation Debate* (Braithwaite, 1992).

⁷ Sobre o tema, ver: Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance (Saad-Diniz, 2018).

⁸ Sobre o perfil resolutivo e não demandista do Ministério Público, focado na resolução de problemas sociais relacionados à sua missão constitucional e não na criação de demandas e insistência com processos que não trazem respostas adequadas aos problemas enfrentados, conferir: Ministério Público: a nova missão institucional. (Rodrigues, 2012)

⁹ Em especial, conferir: *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial* (Saad-Diniz, [2019]), no prelo.

Diante desse diagnóstico, pode-se parcialmente concluir acerca da necessidade de se aprofundar os conhecimentos sobre os crimes econômicos e as respectivas estratégias de atuação, em especial nos casos de crimes de empresa, para além do direito penal tradicional, focadas somente na punição de indivíduos. Esse cenário se torna especialmente evidente nos casos de corrupção, delito que recebe mais atenção dentre os crimes de empresa, ainda tratado sob uma perspectiva moral.

Sob a ótica econômica, os esforços dos órgãos de controle deveriam ser destinados a garantir a adequação do comportamento e utilizar os recursos econômicos das grandes empresas envolvidas em desvios para reparação de danos (Saad-Diniz, 2019b). Isso significa, em síntese, que o poder público ainda não está efetivamente se valendo da doutrina de cumprimento normativo, pautada na análise de riscos de condutas criminosas previsíveis e na prevenção dos ilícitos de interesse ou benefício econômico, para nortear sua atuação no ataque ao problema. Isso mostra o potencial transformador da doutrina do *compliance* na produção de resultados efetivos por parte do Ministério Público, na sua missão constitucional de promoção do interesse público.

3. Propostas a partir do direito comparado

Ante o exposto, torna-se imperativo reconhecer que a noção de *compliance* no Brasil necessita de aprimoramentos. Por isso, passa-se a buscar alternativas em que a compreensão do fenômeno seja distinta daquela aqui observada. Deve-se identificar o problema de forma mais precisa e propor soluções mais eficientes.

Importante apontar, inicialmente, que essa busca por estudos a nível internacional não se confunde com a adesão acrítica a padrões impostos por quem também não resolveu seus próprios problemas, como já se criticou anteriormente. (Miranda, 2019, p. 66-73) O que se pretende é justamente buscar respostas adequadas, independentemente de onde elas estejam. Portanto, não se trata de fetiche com o que é estrangeiro, mas sim de exercício de humildade, de reconhecer as limitações do cenário brasileiro, conforme exposto no tópico anterior.

Dito isso, o ponto de partida do *compliance* é o reconhecimento do papel essencial da análise de riscos nos programas de cumprimento normativo. Conforme leciona Adán Nieto Martín (2019d, p. 131-154), os programas de cumprimento normativo, fundados em uma lógica de prevenção de condutas ilícitas, estruturam-se em mapas de riscos, também chamados de *liability inventory* (inventário de responsabilidades). Dessa forma, é preciso organizar esses riscos de forma sistemática, de modo a que sirvam como roteiro para o *programa de compliance*. O professor espanhol cita como exemplos o art. 31 *bis*, 5.1, do Código Penal espanhol, a Lei chilena n. 20.393/2009 e as *Sentencing Guidelines For Organizations*, de 1991, nos Estados Unidos da América.

A análise de risco setorial se sustenta em dois eixos centrais. O primeiro consiste na análise de risco por atividade. Isto é, devem ser realizados estudos para cada área da empresa, a fim de verificar os possíveis riscos associados às diferentes etapas da

cadeia produtiva. O segundo eixo diz respeito à eleição de prioridades. Uma atividade empresarial pode conter infinitos riscos. Empreender é, por si só, uma atividade de risco. Viver também. Logo, os riscos considerados devem ser os mais evidentes e relevantes para a atividade empresarial. Segundo Adán Nieto Martín (2019b, p. 181):

A análise de riscos permite designar racionalmente os recursos preventivos da empresa para aqueles riscos mais importantes. É, deste modo, uma atividade essencial para que a empresa priorize quais são os riscos que deve controlar em primeiro lugar.

Curiosamente, a abordagem baseada em riscos de eventuais danos tem aparecido bastante em textos recentes, acerca da proteção de dados pessoais. Trata-se, na verdade, de inspiração na legislação europeia para a sua adequação frente às demandas trazidas pelo novo marco legal brasileiro inaugurado pela Lei nº 13.709 (Brasil, 2018).¹⁰ O modelo da análise de riscos de eventuais danos impõe às empresas e às instituições um dever de reconhecimento sobre possíveis impactos que uma determinada atividade pode vir a causar, em diversos aspectos. As empresas terão de reconhecer que elas podem ser a causa de certos problemas, que produzirão impacto no seu entorno, e eventualmente danos, de acordo com estimativas de probabilidade.

Não se trata apenas de uma “luta contra a corrupção”, mas sim de um modelo de gestão orientado a reconhecer possíveis falhas da empresa, da necessidade de escolha de prioridades e de um funcionamento pautado na lógica da prevenção, em substituição à assunção de riscos regulatórios.¹¹ Somente após a estruturação de uma boa análise de riscos haverá clareza acerca das medidas que precisam ser tomadas, e de seus responsáveis. Vale dizer, o inventário de responsabilidades da empresa e dos indivíduos que a compõem é aquilo que, nos termos dos penalistas, designa-se por estruturação da delegação de deveres conforme os diferentes níveis hierárquicos corporativos (Nieto Martín, 2019d). Aqui, inclusive, reside a verdadeira chave de interpretação necessária para o trabalho posterior de atribuição de responsabilidades penais individuais nos órgãos de persecução. Isso significa que mesmo a responsabilidade penal individual se daria a partir da (des)organização da empresa, e não de forma indiferente a ela, como um problema meramente individual e isolado.

Avançando na literatura estrangeira, Adán Nieto Martín (2019d) assevera que *compliance* (ou cumprimento normativo) é um modelo de gestão empresarial fundado na ética corporativa, com o objetivo de reorientar a cultura empresarial. Vale ressaltar que, em princípio, já existe grande dificuldade no poder público para sequer entender a ética corporativa. Como bem observa Eduardo Saad Diniz (2019a), não podemos restringi-la à construção de estruturas de vigilância contra delitos sem efetividade comprovada, devendo ir muito além, especialmente no âmbito da formação

¹⁰ Sobre o tema: *Compliance* de dados pessoais. (Frazão *et. al.*, 2019)

¹¹ Cf.: Fundamento e estrutura dos programas de *compliance* (Nieto Martín, 2019d, p. 142-149).

empresarial e da geração de impacto nas atividades das empresas comprometidas com a responsabilidade social corporativa. Com isso, o autor entende que as empresas deveriam destinar parte de seus recursos a ações contrárias às fraudes.

Compreendido o sentido maior de *compliance* enquanto instituto novo para o direito, os programas de *compliance* são a ferramenta, ou aplicação da metodologia, para alcançar o supracitado objetivo de reorientar a cultura corporativa. Eles se estruturam na prevenção de condutas ilícitas, por meio da confecção de mapas de riscos, que se constituem no produto final do processo de análise de riscos que deve nortear a atividade de *compliance*. (Nieto Martín, 2019d)

Conforme dito anteriormente, uma boa análise de riscos costuma ser realizada por atividade, assinalando os (1) riscos associados às diferentes etapas da cadeia produtiva, para, em seguida, (2) eleger as prioridades dentre todas as possíveis infrações apuradas, sempre levando em conta o (3) contexto do setor econômico de mercado e o (4) histórico de crises e comportamentos desviantes da entidade e do setor. Isso exige, por certo, conhecimento profundo do “modelo de negócio” e do “chão da fábrica”, ou seja, das atividades em curso e dos diferentes setores empresariais ou institucionais.

Há, aqui, interesse especial em lançar luz sobre os fenômenos de infrações legais e éticas para, em seguida, criar incentivos aos comportamentos éticos e desincentivo às culturas antiéticas dentro das corporações. Esses incentivos e desincentivos terminam por se materializar nos mecanismos de prevenção, detecção e reação a falhas corporativas, ou seja: a partir da análise de riscos se dará a estrutura de todo o sistema de controle e das infrações dentro de uma organização. (Nieto Martín, 2019d)

Na esfera internacional, o grande marco de gestão de riscos está na “família ISO 31000” (ABNT, 2018), cujos padrões definem os principais critérios para a análise de riscos, a saber: (a) história da instituição analisada; (b) contexto do setor; (c) atividade central; (d) magnitude (com especial foco em práticas monopolistas e o impacto de uma empresa ou conglomerado em termos de falha de mercado); (e) partes interessadas (ou *stakeholders* de forma geral, mas em especial fornecedores e representantes, que são dependentes economicamente da empresa); (f) relações com o poder público e vice-versa e (g) liderança. São analisados, também, fatores externos, como: (h) impactos geopolíticos; (i) relações políticas locais; e (j) estrutura regulatória. A partir deles, é possível identificar gargalos de gestão e avançar na prevenção de infrações no âmbito empresarial e/ou institucional.

Diante de todo o exposto, verifica-se que a análise de risco tem por objetivo apurar as falhas de desenho institucional e os riscos decorrentes da natureza da atividade desenvolvida. Aqui se vai além da ética individual, pois identifica-se os incentivos estruturais para a prática de determinadas condutas. O foco é especialmente no fator coletivo, isto é, no efeito do grupo no comportamento de diversos indivíduos (e não em um só), induzindo a prática de determinadas condutas, especialmente aquelas que levam a infrações legais e éticas justificadas pelo benefício comum ou pela naturalização do comportamento antiético/ilegal. (Nieto Martín, 2019c) Esse tipo de influência em empresas já foi evidenciado por algumas pesquisas com diferentes

abordagens metodológicas ao longo do tempo,¹² mas pode também ser esperado no caso das instituições públicas, guardadas as devidas diferenças.¹³

O objetivo final seria, pois, apresentar um modelo de gestão empresarial ou institucional que se sustente na elaboração de mapas de riscos por setor, analisando condutas a partir de um roteiro indicado pela criminologia, em cotejo com o histórico de condutas antiéticas. Com o diagnóstico dos fenômenos delitivos mais relevantes em mãos, a organização passa a ter consciência dos níveis de responsabilidade legal e seus respectivos riscos reputacionais. Esse processo profissional de dimensionamento e controle de riscos pode criar uma cultura efetivamente distinta, capaz de evitar atos indesejados, em especial a responsabilidade jurídica por fato ilícito e/ou o escrutínio público negativo. Ele pode até mesmo produzir valor em termos de mercado, especialmente a estabilidade de longo prazo, a partir da criação de novos serviços e produtos, e de uma nova pauta de compromisso social valorizada pela opinião pública e pela sociedade civil. (Saad-Diniz, 2002)

A aplicação dessa metodologia visa não só melhorar a dinâmica interna das organizações, mas também os ambientes de negócios e a realidade social em que estamos todos inseridos, a saber, o ecossistema humano.

Pode-se concluir, parcialmente, que as principais características dos países de práticas de *compliance* mais consolidadas são: (a) *compliance* é mais amplo, abrange temáticas variadas que vão além da corrupção, que é somente uma parte do seu objeto de análise; (b) seu foco se dá no comportamento das empresas ou instituições, os quais podem ser considerados “coletivos”, resultados de processos culturais de microassociações políticas, conforme se apura pela leitura da criminologia corporativa; e (c) *compliance* se ampara em uma lógica preventiva que aspira, em última instância, à efetiva e verificável redução dos índices de criminalidade. Busca, ainda, diminuir a quantidade de infrações éticas em esferas organizacionais, e a produção de valor em termos éticos. Isso é possível a partir do uso dos recursos econômicos das organizações, com o abandono da perspectiva clássica do “ataque ao dano causado”, para aderir a uma cultura de construção de ambientes sem danos (ou reconstrução de espaços degradados). (Gussem e Alencar, 2019, p. 104-123)

As propostas a partir do direito comparado vão, portanto, no sentido de incorporar à realidade brasileira essas três perspectivas essenciais de *compliance*.

¹² Para o compilado de algumas delas, conferir: *(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”* (Miranda, 2019, p. 25-33).

¹³ Em detalhes: *Desafios de integridade e compliance na administração pública desde uma perspectiva baseada em evidências* (Alencar e Casemiro, 2021).

4. A importância de *compliance* para a atuação do Ministério Público brasileiro

Dito isso, as propostas que se originam no direito comparado edificam as ideias centrais deste tópico, que pretende expor a importância de *compliance* para a atuação do Ministério Público brasileiro.

O primeiro ponto a se ter em conta é que o Ministério Público também é uma instituição, ainda que na condição de pessoa jurídica de Direito Público (e não uma empresa). Sua missão constitucional é muito clara: a busca pelo cumprimento das normas. Por isso, não seria exagero esperar que, enquanto fiscal da integridade de terceiros, o Ministério Público se organize de forma a estabelecer um modelo ético para si próprio, que inexoravelmente venha a servir de modelo para toda a sociedade.

A partir dessa perspectiva, foi apontado que a principal bússola das boas práticas no poder público é o interesse público constitucional. (Alencar e Casemiro, 2021) A defesa da *res publica* é o valor principal a ser buscado por qualquer iniciativa que aspire à integridade no poder público.

Todavia, em especial para o Ministério Público, uma ressalva essencial e primária acerca desse tópico é que a conduta republicana não deve ser confundida com o sucesso pessoal ou a vitória em casos judiciais. Não se pode admitir que se alcance um resultado final a qualquer custo, a despeito de evidências, verdades e do respeito às garantias e normas constitucionais. Existem balizas éticas que não podem ser abandonadas por quem exerce uma função pública de grande poder e importância, especialmente quando se aspira à construção de um modelo ético para toda a sociedade.

O processo criminal contra Amanda Knox,¹⁴ que tramitou nos tribunais italianos, inspira a reflexão. O que levou o Promotor de Justiça a seguir não só com o processo, mas sobretudo, com uma narrativa misógina e fantasiosa contra Amanda? Um caso em que a “intuição pessoal” superou a análise de evidências concretas e, em especial, científicas, para se transformar numa cruzada de responsabilidade criminal em face de uma jovem, no caso de estupro seguido de morte de sua recente companheira de quarto, quando todos os indícios apontavam para uma situação cotidiana – de invasão de domicílio seguida de estupro por um homem? Qual é o papel que o Promotor de Justiça exerce no imaginário coletivo, e qual é o papel que ele deve de fato desempenhar para garantir a efetividade da missão constitucional? É preciso atentar para a construção do conceito social de “autoridade” e as expectativas existentes em torno desse personagem, para que pessoas de carne e osso possam realizar seu trabalho com base em evidências concretas, em detrimento de projeções coletivas fantasiosas sobre a realização de justiça. Essa é uma questão que atravessa em particular as autoridades que compõem o sistema de justiça brasileiro, e deve estar presente no processo de elaboração do mapeamento de riscos das instituições ministeriais.

¹⁴ Retratado em documentário distribuído pela Netflix em 2016.

Feitas tais ressalvas, cumpre enfatizar que a promoção do interesse público constitucional demanda, necessariamente, evitar e combater o uso irregular da função pública para a obtenção de benefícios exclusivamente pessoais. Aqui, não se trata somente de benefícios de cunho econômico, mas quaisquer outros, tais como prestígio, reconhecimento externo, influência e poder. Conforme ressaltado acima, controlar idiosincrasias, abusos de poder e personalismos seria a tarefa principal de *compliance* na administração pública. (Alencar e Casemiro, 2021)

Considerando a importância da análise de risco para a estruturação de medidas de controle de riscos legais e éticos, como visto no capítulo anterior, não seria surpreendente que a tarefa principal de qualquer análise de riscos de caráter normativo, no poder público, fosse encontrar estruturas que incentivam comportamentos personalistas similares aos acima citados. A isso se somam atividades similares àquelas outrora citadas: (a) partir do conhecimento da realidade da instituição; e (b) propor análises por setor ou atividade, com sinceridade e humildade, reconhecendo a falibilidade inerente à condição humana, nos quadros do Ministério Público brasileiro, bem como a falibilidade da própria instituição enquanto organização de pessoas, que pode criar os mesmos incentivos coletivos de comportamento antiéticos.

Ao Ministério Público cumpre atividade extremamente relevante, que atinge os interesses de muitas pessoas. É justamente por isso que existem incentivos estruturais, a nível de engenharia institucional, para a prática de infrações, com influências externas e até mesmo internas de infração ao interesse público constitucional em favor de terceiros. É somente a partir do reconhecimento de que o Ministério Público é sim um grande alvo de interesses nem sempre republicanos que se pode falar na capacidade de transformação da instituição.

A partir disso, o processo é similar àquele já apresentado: realizando perguntas similares à ISO 31000, buscar-se-á o histórico da instituição, as partes interessadas, as relações pessoais possíveis, as relações com agentes externos, as possibilidades de atos discricionários e em desacordo com o interesse público constitucional, a análise por área de atuação, incluindo os processos, as rotinas e as atividades mais e menos sensíveis, considerando até mesmo as diferenças e os riscos e atores próprios das diversas atribuições de atuação finalística do Ministério Público. Deve-se reconhecer, portanto, o risco interno de corrupção, tráfico de influência, advocacia administrativa, captura regulatória, dentre outras mazelas típicas de agências de fiscalização e aplicação da lei.

O propósito da análise de riscos, aqui, seria basicamente expor comportamentos, incentivos e desincentivos, fenômenos antiéticos, padrões que se repetem com o tempo, inerentes a atividades sensíveis (como o poder de denunciar, arquivar, ajuizar ação civil pública contra agentes de grande poder biológico, político, ou econômico, entre outros), dentro do Ministério Público. O foco não seria nos indivíduos *per se*, mas sim no conjunto dos potenciais comportamentos típicos existentes em nível institucional, vale dizer: a identificação de comportamentos ilícitos que ocorrem de tempos em tempos, previsíveis em termos estatísticos.

Além da análise de riscos específica para uma instituição como o Ministério Público, seria possível pensar até mesmo em implementar mecanismos de controle que visem a prevenção, detecção e reação a infrações legais e éticas. Trata-se, pois, de espécie de *compliance* público ministerial que não se confunde com a Corregedoria e suas atribuições próprias, orientadas à apuração de desvios de conduta individuais sob a ótica repressiva, nem com a Ouvidoria, que recebe denúncias e trabalha na esfera da detecção.

A ideia de um *compliance* do Ministério Público, neste sentido, seria a de organizar estrutura focada na prevenção, centralizando as questões éticas essenciais e buscando a criação de cultura com foco na geração de valor para o interesse público. A Corregedoria, neste caso, seria apoiadora dessa iniciativa, exercendo a atividade de coerção, ou “*enforcement*”, das práticas e rotinas propostas. Igualmente, a Ouvidoria é importante ao apoiar com as atividades de recebimento e tratamento de denúncias internas ou externas de más-práticas. Nesse cenário, não haveria necessidade, por exemplo, de se preocupar com *compliance* recebendo denúncias, realizando investigações internas, procedimentos sancionatórios etc. Sob esse aspecto, bastaria uma boa integração com a Ouvidoria e a Corregedoria, de modo a implementar rotinas e práticas criadoras de cultura com foco na prevenção e geração de valor, conforme acima exposto. A atuação integrada dos três setores seria o estado desejado de promoção das boas práticas de integridade.

Pode-se depreender, então, que o foco de *compliance* para o Ministério Público seria a prevenção e identificação de desvios profissionais, que se projetam como falhas institucionais, com a finalidade de corrigi-los. Objetiva-se ter clareza quanto aos comportamentos antiéticos e ilícitos, em especial, conflitos de interesse entre o pessoal e o público, previamente à sua ocorrência.

Por fim, diante das particularidades das atividades típicas da administração da instituição (atividade-meio) e aquelas de fiscalização do ordenamento jurídico (atividade-fim), cumpre salientar algumas diferenças, na forma exposta abaixo.

4.1. *Compliance* para a atividade-meio

Considerando que a atividade-meio do Ministério Público corresponde à atividade regular da administração pública, ou seja, de gestão e governança institucional, estamos diante de funções como a correta adequação normativa e prática do orçamento, a estipulação de objetivos, metas, missões, valores e a garantia de que as coisas funcionarão conforme o planejamento estratégico no nível micro, seja na gestão de pessoas ou de recursos.

Seria esperado, pois, que iniciativas de *compliance* para o Ministério Público fossem aplicadas para essa função institucional. Valer-se de *compliance* como instrumento de controle de riscos normativos e geração de valor para o interesse público pode ser algo interessante da perspectiva de um Ministério Público resolutivo. (Rodrigues, 2012) Os objetivos perpassam a prevenção de condutas subversivas à lei,

de personalismos, de concentração de poder, bem como a produção de valor para o interesse público.

Há que se considerar, todavia, que as infrações na iniciativa privada têm características distintas daquelas típicas do poder público. Lá, o foco é no conflito entre lucros imediatos maiores e compromissos éticos, enquanto aqui a questão gira em torno da existência ou não de permissivos (e não de proibitivos) legais contra as condutas apuradas na prática, em especial quando há relação com atos de discricionariedade e concentração de poder, em favorecimento a interesses privados, que entram em atrito com a produção de valor para o interesse público. (Alencar e Casemiro, 2021) É igualmente importante levar em consideração que, na iniciativa privada, as empresas podem ser juridicamente responsáveis pelos atos apurados, enquanto no poder público as responsabilidades tendem a ser estritamente pessoais, salvo raras exceções.¹⁵

Ao mesmo tempo, muitos dos pilares de *compliance* já fazem parte da estrutura de controles da administração pública, tais como ouvidoria (canais de denúncia), corregedoria (investigações internas e aplicação de sanções) e controles específicos, especialmente de anticorrupção, conforme se apura nas regras de contratações, orçamento e ingresso de pessoal no poder público. A despeito disso, cumpre ter em conta a relevância de um programa de *compliance* para uma instituição como o Ministério Público, a fim de promover os objetivos institucionais e os valores que necessita proteger.

Um programa de *compliance* público poderia ser efetivo e retornar valor ao Ministério Público, tornando-se um instrumento complementar aos já existentes, focando principalmente no desenvolvimento de estratégias de diminuição de discricionariedades e personalismos na atividade institucional. Um programa de *compliance* para o Ministério Público deve se fundar na verificação do cumprimento dos mecanismos já existentes e de centralização de discussão da pauta ética da sua atuação, e na criação de uma cultura de cumprimento normativo e de resultados, com especial relevância para a proteção da privacidade no âmbito da proteção de dados pessoais. (Alencar e Casemiro, 2021)

No entanto, implementar um programa de *compliance* realmente efetivo, capaz de demonstrar impacto positivo nos sentidos ora apresentados, traz outros desafios: sobretudo, o real aporte de recursos, com pessoal capacitado, apto a entender as realidades próprias tanto da instituição quanto das práticas mais modernas de *compliance* e boa governança. O alinhamento da capacidade profissional e do aporte de recursos necessário para forjar um programa de *compliance* genuíno não é missão simples, especialmente quando os representantes do Ministério Público brasileiro enfrentam limitações de ordem financeira.

¹⁵ Para o cenário geral, cf.: *(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o "bode expiatório"* (Miranda 2019, p. 321 e ss.). Para as exceções, ver p. 350 e seguintes.

Mais do que ter um programa de *compliance* para cumprir um *checklist*, é importante que o programa de *compliance* seja efetivo de verdade, distanciando-se de estruturas cosméticas, incapazes de causar impacto na realidade. Considerando que isso tem um custo elevado, e em sendo o caso de insuficiência de recursos, seria mais interessante (desde uma perspectiva republicana) aplicar a escassa verba pública no aumento da efetividade dos controles existentes, inclusive por meio da potencialização a partir do recurso às novas tecnologias. (Gussem e Alencar, 2019)

Em face de tais ponderações, caberia sinalizar que *compliance* para a atividade-meio do Ministério Público seria especialmente importante para: (a) centralizar a instância responsável pela matéria, garantindo a sua institucionalização e promoção, de modo a fomentar o debate e a criação de cultura na instituição com relação a questões envolvendo ética (que é pública e não de negócios), desde uma perspectiva de nível estratégico (assim criando diretrizes para os níveis tático e operacional); (b) incentivar boas práticas na administração pública, servindo de suporte à Governança Pública institucional na esfera dos controles de riscos, especificamente os legais e éticos; (c) tratamento de figuras típicas relacionadas à corrupção, tráfico de influência, advocacia administrativa, captura regulatória, dentre outros problemas típicos de agências de fiscalização e aplicação da lei; e (d) a proteção da privacidade e dos dados pessoais dos cidadãos aos quais o Ministério Público tem acesso.

4.2. *Compliance* para a atividade-fim

Em seguida, com relação à atividade-fim, fala-se da atividade própria de fiscalização da ordem jurídica, que opera desde diligências até o ajuizamento de ações, elaborações de acordo e o tratamento do público, dos investigados e dos processados.

Para este nível da atuação ministerial é importante levar em consideração (a) a pluralidade de matérias, com todos os diferentes níveis de risco que perpassam cada uma delas, na forma do que já foi exposto anteriormente, bem como (b) a característica própria da independência funcional no Ministério Público brasileiro. Em síntese, para (a) cada matéria de atribuição, riscos diferentes devem ser analisados. Ao mesmo tempo, seu controle não pode afetar (b) a atividade ministerial na resolução de disputas, mas tendo em conta que a independência funcional não pode ser um escudo para falta de adesão ao cumprimento de normas legais e éticas definidas nos níveis legislativo e institucional.

Para a atividade finalística, de fiscalização da ordem jurídica, a primeira a sofrer o impacto de *compliance* é a atividade de controle externo, que pode se dar tanto sobre (i) empresas, no âmbito privado, quanto sobre (ii) outras instituições, na esfera do poder público.

Com relação às (i) empresas, no âmbito privado, há obviamente o fator do conflito entre maior lucro e o respeito às normas gerais de direito. Aqui, o papel do Ministério Público direcionado pelo olhar para *compliance* se dá principalmente na capacidade

institucional de avaliação do comportamento ético e de cumprimento normativo. A atividade inicial e principal seria, portanto, ter capacidade de avaliar se um programa de *compliance* de uma empresa é efetivo, cosmético, ou se está no meio do caminho, com esforço real sem capacidade de demonstração de efetividade ainda. O importante aqui é olhar para a qualidade da análise de risco, as condutas associadas ao modelo de negócio e de produção, bem como a tipicidade de condutas ilícitas que favorecem a empresa, tudo em comparação com os controles implementados na prática.

O essencial para cumprir bem a atividade seria, enfim, a capacidade de analisar a evidência produzida pelas empresas que alegam a excelência de seus respectivos programas de *compliance*, algo estrategicamente mais interessante do que trazer padrões de estruturação formais *a priori*.

Isso significa que, para além de somente verificar a existência ou não de componentes de um programa de *compliance* ou integridade (tais como código de ética, canal de denúncias etc.), seria necessário verificar a efetividade da estrutura de *compliance*, ou seja, se o conjunto de controles é capaz de atingir o objetivo macro desejado de controle de infrações éticas e criação de cultura capaz de produzir valor ético positivo para os *stakeholders*.¹⁶ Aqui, considerando a natureza da atividade, não cabe ao Ministério Público apontar o que ele entende que é *compliance* efetivo, ou estaria interferindo em medidas de governança de um ente privado, função que extrapola suas funções constitucionais. Por isso, somente o que pode fazer é exigir que as próprias empresas demonstrem a efetividade do que implementaram a partir da verificação da evidência de efetividade por elas produzida. A compreensão dessa função é essencial para que o Ministério Público não se coloque em posição indesejada, mas ainda deve vir acompanhada de adequada qualificação aos seus membros para que sejam capazes de realizar esta nova atividade de verificação da evidência de efetividade de *compliance* produzida pelos diversos entes coletivos.

Com relação a (ii) outras instituições, no âmbito do poder público, a discussão sobre *compliance* e a utilização de sua ótica para analisar fatos e organizações ainda se mantém alguns passos atrás. A temática e difusão de sua prática ainda necessitam até mesmo de introdução. As poucas iniciativas de *compliance* no poder público até aqui têm se mostrado falhas ou insuficientes,¹⁷ quando existentes. Há ainda que se considerar tudo o que já se falou acerca das dificuldades de implementação de *compliance* no poder público, em especial a dificuldade de delimitação de seus objetivos e resultados, bem como a impossibilidade de implementação de uma estrutura efetiva diante da escassez de recursos. Um primeiro passo que pode ser

¹⁶ “Os *stakeholders* são os consumidores, investidores, fornecedores, mídia, ONGs, comunidade, meio ambiente, governos, concorrentes, proprietários, empregados e sindicatos, ou seja, todos que de algum modo se relacionam com as empresas. É um conceito muito mais amplo que o de *shareholders*, que se preocupa mais com lucros e dividendos, se restringindo aos investidores e proprietários das empresas. A mudança de paradigma de responsabilidade das empresas, passando dos *shareholders* para todos os *stakeholders* é um dos principais marcos no fomento das relações entre empresas e Estados e, principalmente, do surgimento dos chamados programas de *Compliance*”. (Alencar, 2014)

¹⁷ Sobre as poucas iniciativas até aqui observadas, conferir: Desafios de integridade e *compliance* na administração pública desde uma perspectiva baseada em evidências. (Alencar e Casemiro, 2021)

proposto se relaciona não com a criação de mais órgãos, como se observou no próprio Governo do Estado do Rio de Janeiro,¹⁸ mas com a incorporação do conceito de análise e controle de riscos, de modo a conseguir introjeção das ideias de prevenção no corpo das estruturas já existentes. Em seguida, poderia ser um bom caminho de incentivo para as demais instituições e de aumento da efetividade da atuação fiscalizadora do Ministério Público nortear sua atividade pela verificação da implementação desta cultura da prevenção baseada em riscos.

De toda sorte, em ambos os casos (i e ii), é extremamente importante ter cuidado com o fator “portas giratórias”¹⁹ e com o conflito de interesses potencialmente gerado pela atuação ministerial e as práticas privadas. Sob esse aspecto, e com o intuito de garantir a reputação do Ministério Público, convém criar regras de quarentena para os integrantes da instituição que optam pela atividade profissional particular, de modo que não possam se beneficiar pessoalmente, em momento posterior, de medidas promovidas em caráter institucional.

Por fim, um último e importante efeito do uso da lente de *compliance* para a atividade-fim do Ministério Público diz respeito às consequências que pode causar na esfera de recurso a teses de responsabilidade. Conforme Artur Gueiros Souza (2014, p. 119-120), elas são duas:

¹⁸ “Um grande exemplo dos problemas e complicações apontados aparece no Estado do Rio de Janeiro. Isso se daria porque este ente federativo, em especial, é conhecido pelo “pioneirismo” na profusão normativa de *compliance*. Especialmente dois (II) dispositivos e duas (ii) situações são bastante intrigantes nesta seara. Com relação aos dispositivos, primeiro, (I) o Estado promulgou a Lei Estadual n.º 7753, de 17 de outubro de 2017, que dispõe sobre “a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do Estado do Rio de Janeiro”. Em síntese, empresas que contratam acima de certo valor com o Estado do Rio de Janeiro são obrigadas a implementar um programa de integridade como condição necessária para a manutenção do contrato público. Após, (II) o Governador do Estado promulgou o Decreto Estadual (RJ) nº 46.745, de 22 de agosto de 2019, que “institui o programa de integridade pública no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional do Estado do Rio de Janeiro”. Nota-se uma cobertura de “ponta-a-ponta”: a empresa contratada deve ter o programa de integridade e o ente contratante tem seu programa de integridade. Seria uma relação forçadamente íntegra, ou em *compliance*, ao menos do ponto de vista normativo. Em seguida, aparecem as situações, para contrapor o que existe de fato ao dever. A primeira é que, (i) apesar de tamanho arcabouço normativo, o retorno em integridade ainda precisa ser demonstrado, tendo em conta que os noticiários estiveram bastante ocupados com casos de suspeita de corrupção em contratações públicas emergenciais durante a pandemia de Covid-19, ou seja, contratações após a existência dos dois marcos normativos. Inclusive, não há qualquer nota sobre como os programas de integridade das empresas contratantes ou o programa de integridade no âmbito da administração direta funcionaram com relação aos casos narrados pelos periódicos e investigadores. A segunda situação (ii) se refere à condição dos patrocinadores deste arcabouço normativo de integridade. Em síntese, o Governador que sancionou a primeira lei se encontra preso por corrupção e aquele que promulgou o Decreto Estadual é atualmente investigado e alvo de processo de Impeachment em razão dos supostos casos de falta de integridade narrados pelos noticiários e investigadores. Esta conjunção de normas e situações podem servir de indicativo dos problemas a serem enfrentados por um pretenso *compliance* público.” (Alencar e Casemiro, 2021, p. 233)

¹⁹ “Durante o ano de 2017, doze escritórios eram considerados os melhores em consultoria de anticorrupção e *compliance* no mundo, compoando a lista do “Chambers & Partners”. Verificando o perfil dos líderes dos setores de *compliance* desses escritórios, foi possível encontrar que onze dentre os doze mais importantes escritórios de *compliance* do mundo eram chefiados ou tinham qualidade reconhecida por serem compostos por ex-persecutores, fiscais da regulação que passaram pela Securities Exchange Commission ou o Department of Justice dos EUA. Isso apontou para duas hipóteses muito relevantes para o objeto deste estudo: (1) *compliance* continua muito associado à regulação internacional que regula suborno e lavagem de dinheiro; e (2) a consultoria em *compliance* se tornou um negócio muito lucrativo para ex-fiscais que impunham a regulação de *compliance* às empresas.” (Alencar e Casemiro, 2021, p. 237)

A primeira vem a ser a responsabilização da própria pessoa jurídica infratora, ante a defecção das providências de controle e a desorganização interna, consubstanciada no desatendimento dos programas de *compliance*.

(...)

A segunda consequência das estratégias de autorregulação regulada e da adoção dos programas de *compliance* é a de clarificar a imputação de responsabilidade, a título de autor ou coautor, aos dirigentes da pessoa jurídica que descumprem os deveres de supervisão ou de contenção dos riscos da atividade.

(...)

Mesmo nas hipóteses de delegação de funções de supervisão e vigilância para funcionário situado no escalão intermediário da empresa (o chamado *compliance officer*), o dirigente mantém a originária posição de garante.

Isso significa que, a partir do reconhecimento da realidade de *compliance*, ou, em termos mais técnicos, das obrigações de prevenção (ou posição de garante) nas empresas,²⁰ a configuração de responsabilidades jurídicas gerais (civil, administrativa e penal) pode se tornar distinta, deixando de olhar isoladamente para quem cometeu um fato para buscar quem, dentro de uma perspectiva organizacional, deixou de tomar uma medida de prevenção essencial para evitar a ocorrência do fato.

Atuar de tal forma começa pela verificação de deveres e a própria estrutura de delegação empresarial,²¹ de acordo com a divisão de trabalho e a extensão dos deveres de se evitar danos em atuação em nome da empresa. Assim, será possível questionar sobre a estruturação da organização contra os fatos ilícitos observados e, por fim, ter capacidade de avaliar a efetividade das estruturas descritas, de modo a estipular onde estão os erros e quem seria responsável (delegado) por criar formas ou executar deveres que teriam o condão de evitá-los. Muda-se a perspectiva de atuação, que buscava provas da ação e vontade dos agentes imediatamente executores de uma ação geradora de dano, para a investigação das estruturas organizacionais e falhas no cumprimento dos deveres próprios de prevenção de quem atua em atividades de reconhecido risco. Pretende-se, com isso, finalmente atacar o que importa: a estrutura organizada que permite ou incentiva as infrações ao direito e o polo de recursos que impulsiona e potencializa a capacidade causadora de dano dessas condutas. Tudo isso para, ao final, ver essa enorme quantidade de recursos direcionada à produção de valores positivos para a sociedade, auxiliando o Ministério Público a cumprir suas missões constitucionais.

²⁰ Em detalhes, sobre o tema, conferir: *(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o "bode expiatório"* (Miranda, 2019, p. 250-280).

²¹ Cf.: A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais e A responsabilidade penal individual pelos delitos de empresa (Lascurain Sánchez, 2019a, p. 200-218, e 2019b, 345-375).

5. Conclusão

Compliance no Brasil ainda está muito ligado às discussões sobre combate à corrupção. Apesar da importância da Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção de Empresas) e as repercussões da Operação Lava Jato, é necessário ir além. É preciso implementar mecanismos de prevenção que alcancem não só a evitação das práticas de suborno, mas sim todos os tipos de infrações legais e éticas que violem objetivos institucionais e valores eleitos pelos modelos de boa governança.

Nesse cenário, ao se falar de *compliance* no poder público, de modo a ir além de somente implementar estruturas formais de controle de suborno, é necessário ter atenção aos distintos conflitos em análise. Há que se considerar que as infrações na iniciativa privada têm características distintas, com foco no conflito entre lucros imediatos maiores e compromissos éticos. Já no poder público, o problema se dá sobre a existência ou não de permissivos (e não de proibitivos) legais contra as condutas apuradas na prática, em especial quando há relação com atos de discricionariedade e controle de poder, que entram em atrito com a função pública. O foco é evitar que condutas de agentes públicos favoreçam interesses privados em detrimento da produção de valor para o interesse público.

É de se ter em conta, ainda, que na iniciativa privada, as empresas podem ser juridicamente responsáveis pelos atos apurados, e *compliance* é um incentivo para diminuir sanções. No poder público, por sua vez, as responsabilidades tendem a ser estritamente pessoais, e *compliance* precisa encontrar sua função própria sem entrar em atrito ou redundância com outras estruturas já consagradas como as ouvidorias e corregedorias.

Levando isso em consideração, propôs-se aqui, na esfera do Ministério Público, que um programa de *compliance* público poderia ser efetivo e retornar valor caso se tornasse um instrumento complementar aos já existentes, focando principalmente no desenvolvimento de metodologia e rotina de avaliação da efetividade dos mecanismos já existentes e em estratégias de diminuição de discricionariedades e personalismos na atividade institucional. Deve centrar-se na discussão da pauta ética de sua atuação, criação de cultura de cumprimento normativo e de resultados, com especial relevância para a proteção da privacidade no âmbito da proteção de dados pessoais.

Finalmente, tendo tudo isso em conta, foi detalhada a relevância de *compliance* tanto para a atividade-meio quanto para a atividade finalística do Ministério Público.

Para a atividade-meio, foi proposto para *compliance*: (a) centralizar a instância responsável pela matéria, garantindo a sua institucionalização e promoção, de modo a fomentar o debate e a criação de cultura na instituição com relação a questões envolvendo ética (que é pública e não de negócios), desde uma perspectiva de nível estratégico (assim criando diretrizes para os níveis tático e operacional); (b) incentivar boas práticas na administração pública, servindo de suporte à Governança Pública institucional na esfera dos controles de riscos, especificamente os legais e éticos; (c) tratamento de figuras típicas relacionadas à corrupção, tráfico de influência, advocacia

administrativa, captura regulatória, dentre outros problemas típicos de agências de fiscalização e aplicação da lei e (d) a proteção da privacidade e dos dados pessoais dos cidadãos aos quais o Ministério Público tem acesso.

Já para a atividade finalística, falou-se inicialmente no controle externo de pessoas jurídicas de direito público e privado que são de dever do Ministério Público, em especial quando é necessário analisar a estrutura de controle de riscos destas instituições. Esteve reforçada a noção de que não basta ter um programa de *compliance* ou integridade; a estrutura deve vir acompanhada da verificação da efetividade de *compliance*, ou seja, para além de somente verificar a existência ou não de componentes de um programa, deve-se fiscalizar se o conjunto de controles é capaz de atingir o objetivo macro desejado de controle de infrações éticas e criação de cultura capaz de produzir valor ético positivo para os *stakeholders*. Enfatizou-se que, considerando a natureza da atividade, não cabe ao Ministério Público apontar o que ele entende que é *compliance* efetivo, ou estaria interferindo em medidas de governança de um ente privado, função que extrapola suas funções constitucionais. Por isso, o que pode fazer é somente exigir que as próprias empresas demonstrem a efetividade do que implementaram a partir da verificação da evidência de efetividade por elas produzida. A compreensão dessa função é essencial para que o Ministério Público não se coloque em posição indesejada.

Por fim, um último efeito do uso da perspectiva de *compliance* para a atividade-fim do Ministério Público se dá na esfera de teses de responsabilidade. A partir do reconhecimento da realidade de *compliance*, ou, em termos mais técnicos, das obrigações de prevenção (ou posição de garante) nas empresas, a configuração de responsabilidades jurídicas gerais (civil, administrativa e penal) pode se tornar distinta, deixando de olhar isoladamente para quem cometeu um fato para buscar quem, dentro de uma perspectiva organizacional, deixou de tomar uma medida de prevenção essencial para evitar a ocorrência do fato. Muda-se a perspectiva de atuação, que buscava provas da ação e vontade dos agentes imediatamente executores de uma ação geradora de dano, para a investigação das estruturas organizacionais e as falhas no cumprimento dos deveres próprios de prevenção de quem atua em atividades de reconhecido risco.

Pretende-se, com isso, finalmente atacar o que importa: a estrutura organizada que permite ou incentiva as infrações ao direito e o polo de recursos que impulsiona e potencializa a capacidade causadora de dano dessas condutas, para, ao final, ver essa enorme quantidade de recursos direcionada à produção de valores positivos para a sociedade, auxiliando o Ministério Público a cumprir suas missões constitucionais.

Referências

ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. *ABNT NBR ISO 31000:2018: Gestão de Riscos – Diretrizes*. Rio de Janeiro: ABNT, 2018. 20 p. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/centrais-de-conteudo/iso-31000-de-2018-gestao-de-riscos-pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.

ALENCAR, Matheus de; CASEMIRO, Mariana Matos. Desafios de integridade e compliance na administração pública desde uma perspectiva baseada em evidências. In: NIETO MARTÍN, Adán; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Legitimidade e efetividade dos programas de compliance*. São Paulo: Tirant, 2021, no prelo.

_____. As relações entre Empresas e Estado por meio dos programas de Compliance e suas consequências para o meio empresarial. In: SANTOS, Alfredo José dos; HENTZ, Luiz Antônio Soares (Org.). *Direito, Empresa e Mercado de Capitais*. Franca (SP): Legis Summa, 2014.

AMANDA Knox. Direção: Rod Blackhurst. Produção: Blackhurst *et. al.* Estados Unidos: Netflix, 2016. Disponível em: <https://www.netflix.com/br/title/80081155>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian N. *Responsive regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, Nova York, 1992.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. Brasília, 31 dez. 1940.

_____. Decreto nº 3.768, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1 dez. 2000.

_____. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". *Diário Oficial da União*. Brasília, 8 out. 2002.

_____. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. *Diário Oficial da União*. Brasília, 10 fev. 2006.

_____. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 18 mar. 2015.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 22 jun. 1993.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2 ago. 2013a.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 5 ago. 2013b.

FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABILIO, Vivianne da Silveira. Compliance de dados pessoais. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

GUSSEM, Eduardo; ALENCAR, Matheus de. O Ministério Público e a cultura de integridade na era da tecnologia da informação. In: CARNEIRO, Claudio; MOTA FILHO, Humberto E. C. (Org.). *Compliance: o estado da arte – regulações, práticas, experiências e propostas para o avanço da cultura de integridade no Brasil e no mundo*. 1ª ed. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019, v. 1. p. 104-123.

ISO 31000:2018; Risk management – Guidelines. Mais em: <<https://www.iso.org/standard/65694.html>>, com acesso em: 12/12/2020.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. A delegação como mecanismo de prevenção e de geração de deveres penais. In: NIETO MARTÍN, Adán *et al.* (Org.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019a. p. 200-218.

_____. A responsabilidade penal individual pelos delitos de empresa. In: MARTÍN, Adán *et al.* (Org.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019b. p. 345-375.

MIRANDA, Matheus de Alencar e. *(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”*. São Paulo: LiberArs, 2019.

NIETO MARTÍN, Adán; GARCIA DE LA GALANA, Beatriz. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito comparado. In: _____ (Org.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas - V. II Coleção Business & Criminal Justice*. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019a. p. 635-662.

_____. Código de ética, avaliação de riscos, educação e treinamento. In: _____ (Org.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas - V. II* Coleção Business & Criminal Justice. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019b. p. 181.

_____. Fundamento e estrutura dos programas de compliance. In: _____ (Org.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas - V. II* Coleção Business & Criminal Justice. 2ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019d, p. 142-149.

RODRIGUES, João Gaspar. *Ministério Público: a nova missão institucional*. MPAM, 2012. Disponível em: <<https://www.mpam.mp.br/noticias-mpam/3493-artigo-promotor-de-justica-joao-gaspar-rodrigues-dicorre-sobre-o-mp-e-sua-missao-institucional#.X9VpEOaSIPY>>, com acesso em: 12/11/2020.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 988, p. 25-53, fev., 2018. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

_____. Corrupção e compliance no Brasil. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Org.). *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

_____. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019a.

_____. *Vitimologia corporativa*. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019b.

SIMÃO, Valdir Moisés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção*. São Paulo: Jurídicos Trevisan Editora. 2017.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de 'compliance'. In: *Revista de Estudos Criminais*. Vol. 54. São Paulo, 2014, p. 119-120.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho penal económico*. Parte General y Especial. Valência: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010.





Direito Urbanístico }



DIREITO
ROMANO

A NOVA LEI DE LOTEAMENTO

HELY LOPES MEIRELLES

Em 28 de fevereiro último foi publicado o Decreto-Lei federal n.º 271, sôbre loteamento urbano. Essa nova lei visava a substituir o obsoleto Decreto-Lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, mas pela maneira como foi editado deixou de atingir as suas finalidades e, até mesmo, complicou o assunto, porque manteve a legislação anterior e mandou aplicar ao loteador e aos compradores de lotes a lei de condomínio e incorporações.

Passamos, assim, a ter três diplomas sôbre loteamento urbano, ao invés de uma só lei, como seria o ideal. Atualmente, quem quiser lotear terá de compulsar o Decreto-Lei n.º 271/67, o Decreto-Lei n.º 58/37 e a Lei n.º 5.591/64. É o caos legislativo sôbre loteamento urbano.

Mas não é só. O recente Decreto-Lei n.º 271/67 é inexecutível em certos aspectos e noutros é inconstitucional. Esse diploma resultou de minuta de especuladores imobiliários, interessados em que não se convertesse em lei o projeto originário do CONSPLAN, que continha dispositivos moralizadores dessa atividade e permissivos da responsabilização dos loteadores desonestos, que tudo prometem e nada realizam em seus loteamentos.

Desde 1965 o Ministério do Planejamento vinha estudando a modernização da lei de loteamento urbano e, para tanto, incumbiu-nos de elaborar o anteprojeto da nova lei. Apresentamo-lo ao setor de planejamento municipal, e o esboço passou a ser estudado e aprimorado pelo Conselho de Planejamento (CONSPLAN), que conta com os mais abalizados técnicos no assunto. No início dêste ano o projeto ficou concluído, com seus 5 capítulos e 41 artigos, contemplando, sistematicamente, as normas para loteamento (cap. I), as disposições para aprovação do loteamento (cap. II), os requisitos para o registro do loteamento (cap. III), as normas para os contratos (cap. IV) e disposições gerais (cap. V).

Tratava-se de um projeto orgânico e completo, com toda a matéria referente ao assunto, a começar pelas normas técnicas orientadoras do loteamento urbano e ordenadoras dos compromissos de alienação de lotes, com perfeita definição das obrigações, direitos e responsabilidades do loteador, do promissário-comprador e da Prefeitura interessada na urbanização. Nas disposições gerais introduziam-se alguns conceitos e institutos novos do contemporâneo direito de construir, tais como a concessão de uso de terrenos, como direito real resolúvel, e a concessão de espaço aéreo com as mesmas características, para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social específico (arts. 35 e 36 do projeto do CONSPLAN).

Na justificativa do texto tivemos oportunidade de escrever: "O projeto de lei ora proposto conserva a legislação vigente no que ela contém de útil, mas reformula, completamente, o que está obsoleto. Daí porque o projeto substitui inteiramente a legislação atual, condensando num só texto as normas técnicas para loteamento, as disposições sobre a documentação necessária para o registro de lotes, para os contratos e suas transferências. Num capítulo final, o projeto insere disposições orientadoras da conduta dos municípios para o combate aos loteamentos irregulares. Por fim, o novo texto confere os poderes e os instrumentos necessários à implantação do planejamento regional e local, sem os quais não será possível o desenvolvimento racional das comunidades urbanas". E logo adiante a justificativa conclui: "O que o projeto deseja e sugere é a racionalização dos loteamentos, para que possam atender, convenientemente, aos interesses do loteador e às necessidades vitais das populações a que se destinam. Para tanto as Prefeituras deverão, primeiro, ordenar o desenvolvimento de seu território e, após, orientar os loteamentos segundo suas diretrizes de planejamento".

Não obstante o cuidado em sua elaboração e a conveniência de seus dispositivos, o projeto foi inteiramente mutilado e desfigurado por elementos estranhos ao Conselho de Planejamento, sendo decretada uma lei incompleta e totalmente diferente do projeto que os técnicos do Ministério do Planejamento prepararam tão cuidadosamente. Basta recordar que o projeto do CONSPLAN tinha 41 artigos e o Decreto-Lei 271/67 saiu apenas com 10 artigos, péssimamente redigidos e alguns deles inconstitucionais. Senão, vejamos.

O art. 1.º alterou para pior a redação do projeto, quanto à conceituação de loteamento urbano. O art. 2.º manda o projeto obedecer "às normas gerais de diretrizes" (?), quando ninguém sabe o que são as normas, por inexistentes até o presente momento.

Além disso, pretende impor aos municípios a aprovação de seus projetos pelo Banco Nacional da Habitação, o que é evidentemente inconstitucional, pois nenhum município está sujeito a essa autarquia no planejamento de seu território ou na aprovação de loteamentos.

O art. 3.º manda aplicar aos loteamentos a lei de condomínio e incorporações imobiliárias, equiparando o loteador ao incorporador, os compradores de lotes aos condôminos e as obras de infra-estrutura à edificação. Ora, esta equiparação é impossível, porque as situações são inteiramente diversas e a lei não tem o condão de igualar o que por natureza é desigual. É o mesmo que dizer, inútilmente: as águas ficam equiparadas às pedras... E daí? Alguém utilizará as águas em lugar das pedras?

Percebendo o absurdo do art. 3.º, os redatores deste decreto-lei quiseram remendar a estultice e, para tanto, atribuíram ao Executivo a missão de fazer "as necessárias adaptações", por decreto (§ 1.º).

Ora, desde quando o decreto pode corrigir a lei? Passaram, assim, os escribas de última hora, da inviabilidade da lei à inconstitucionalidade do decreto.

Os artigos 4.º e 9.º foram tirados do projeto originário do CONSPLAN e estão corretos, embora com pequenas alterações de redação.

O art. 10, na sua parte final, consigna outra inconstitucionalidade, qual seja, a de declarar revogados os dispositivos do Decreto-Lei n.º 58/37 e do Decreto n.º 3.079/38 pelos "atos normativos mencionados neste decreto-lei". Os referidos "atos normativos" serão os baixados pelo Banco Nacional da Habitação (art. 2.º). Isto quer dizer que o Banco Nacional da Habitação, no entender dos que redigiram o Decreto-Lei n.º 271/67, pode revogar decretos-leis e decretos. Lamentável equívoco. O Banco Nacional de Habitação é simplesmente uma autarquia financeira e não um órgão legislativo. Suas "normas" só têm efeito interno e jamais poderão contrariar ou revogar leis, decretos-leis ou decretos.

Por este breve comentário percebe-se que a nova lei de loteamentos, na parte urbanística, é imprestável, e nos outros aspectos de interesse do planejamento urbano é omissa e inexecutável. Dela só se aproveitam os dispositivos instituidores da concessão de uso como direito real (arts. 7.º e 8.º) e quatro outros artigos de secundária importância (4.º, 5.º, 6.º e 9.º). Os demais são inúteis ou inconstitucionais.

Urge que o governo da República promova a revisão deste decreto-lei, enviando ao Congresso o projeto de sua substituição por uma lei completa, executável e adequada às exigências nacionais, no setor de loteamento urbano.



O direito de preempção do Município como instrumento de política urbana

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (*)

SUMÁRIO: 1) Introdução; 2) Direito de preempção no Código Civil vigente; 3) Direito urbanístico de preempção; 4) Elemento objetivo; 5) Elemento volitivo; 6) Elemento finalístico; 7) Elemento formal; 8) Determinabilidade da vigência; 9) Elemento causal; 10) Lei nova e pacto de preferência anterior; 11) Procedimento formal; 12) Exercício da preempção urbanística; 13) Descumprimento da obrigação de notificar o Município; 14) Intenção aquisitiva do Município; 15) Ação de nulidade: legitimação; 16) Efeito da invalidação; 17) Conclusão.

1. Com a finalidade de regulamentar os arts. 182 e 183 da Const. Federal, foi promulgada a Lei nº 10.257, de 10.7.2001, por ela mesma cognominada de **Estatuto da Cidade** (art. 1º, parág. único). Os referidos mandamentos constitucionais integram o capítulo da Lei Maior destinado à política urbana, entendida esta como o conjunto de medidas e estratégias legislativas e administrativas que visam a *“ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”*, como consigna expressamente o art. 182 da Constituição.

Ninguém, em termos atuais, desconhece o grau de importância dos planos urbanísticos. Antigamente não havia essa preocupação por parte das sociedades em geral, e essa circunstância provocou o nascimento de numerosas cidades sem as menores condições de ensejar um desenvolvimento sustentável, acarretando graves prejuízos à população, aos governos, ao meio ambiente e ao patrimônio público. Não é difícil observar esse fato em algumas das cidades mais antigas, cuja formação obedecia a padrões que se tornaram inteiramente incongruentes com a necessidade de alcançar os *standards* da modernidade.

No sentido clássico, o urbanismo consistia tão-somente na busca da beleza e da harmonia das cidades, realçando apenas os padrões artísticos que deveriam ornamentá-las. Havia muito mais a ótica ligada à arte do que o atendimento aos diversos fatores que hoje se tornam fundamentais para o bem-estar dos indivíduos. Atualmente, a idéia que sobressai é a de que se trata de um ramo do conhecimento, dotado do caráter de *ciência* (conjunto organizado de princípios e normas), de *técnica* (métodos para alcançar os fins) e de *arte* (beleza, harmonia, decoração das cidades). Como assinala MIGUEL ANGEL BERCAIT, invocado por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, o grande objetivo do ur-

banismo reside em tornar possível a convivência sem perdas, da integridade física, espiritual e mental do ser humano (*Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*, Forense, 2ª. ed., 1977, p. 48).

Atendendo ao clamor dos tempos modernos é que a própria Constituição de 1988 reservou, pela primeira vez em sede constitucional, alguns axiomas a serem observados no que concerne à política urbana, incluindo-a como parte de um Título maior - o da Ordem Econômica e Financeira. Como o art. 182 já prevê que a política de desenvolvimento urbano, embora executada pelo governo municipal, será definida por diretrizes fixadas em lei - de natureza federal, diga-se de passagem, a despeito de não haver tal adjetivação no dispositivo - foram tais diretrizes traçadas afinal pela Lei nº 10.257/2001 - o Estatuto da Cidade.

A nova lei procurou trazer alguns institutos modernos de Direito Urbanístico, já adotados em outros países, e que constituem instrumentos de política urbana a ser implementada pelos entes municipais, com observância das diretrizes gerais traçadas pelo aludido Estatuto. **Política urbana**, afinal, é o conjunto de estratégias e ações do Poder Público, isoladamente ou em regime de cooperação com a iniciativa privada, que visam ao desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, para o fim de propiciar o bem-estar das comunidades. Tais estratégias e ações, por sua vez, quando estatuídas em direito positivo através de normas jurídicas de ordem pública, delineiam o **Direito Urbanístico** em seu sentido objetivo, como bem registra JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Direito Urbanístico Brasileiro*, Malheiros, 3ª. ed., 2000, p. 48).

Dentre os vários instrumentos de política urbana consignados na Lei nº 10.257, merece destaque o direito de preempção instituído em favor do Município. Como se trata de instituto novo ou, ao menos, sem maior divulgação entre os estudiosos, pareceu-nos de interesse atual tecer alguns comentários sobre o assunto, regulado nos arts. 25 a 28 do Estatuto.

2. Cabe primeiramente lembrar que a novidade não é o direito de preempção em si, suficientemente conhecido no âmbito do Direito Civil, mas sim o *direito de preempção em favor do Município como instrumento de política urbana*. De qualquer forma, vale a pena recapitular sucintamente a noção desse direito dentro do Direito Civil.

O direito de preempção ou preferência vem regulado nos arts. 513 a 520, do recém-promulgado Cód. Civil, e tem a natureza jurídica de *pacto adjecto ao contrato de compra e venda (pactum protimiseos)*. *Preempção*, como ensina ORLANDO GOMES, “significa direito a ser preferido como comprador” e também é designada por *preferência* ou *prelação* (*Contratos*, Forense, 13ª. ed., 1994, p. 259). Pode esse direito ser conceituado como sendo o ajuste firmado entre os contratantes por meio do qual o comprador da coisa móvel ou imóvel assume a obrigação de, em caso de alienação, oferecê-la ao vendedor nas mesmas condições, para que este, se o desejar, exerça seu direito de prelação em face de outros interessados.

Conquanto haja vozes discordantes, trata-se de *direito pessoal* (ou *obrigacional*), porque o efeito sofrido pelo comprador que aliena a coisa sem dar a

preferência ao vendedor é de cunho indenizatório, incumbindo-lhe então responder pelas perdas e danos (art. 518, Cód. Civil). É pacto personalíssimo, não podendo ser cedido a terceiros nem transferido aos herdeiros do vendedor. Ademais, a cláusula só tem cabida na compra e venda, “descabendo ajustá-la a qualquer outra espécie de contrato, mesmo que próximo da venda, como é a permuta”, como anota, acertadamente, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*Instituições de Direito Civil*, Forense, vol. III, 10^a. ed., 2000, p. 133).

O vendedor, em princípio, deve ser avisado pelo comprador de que pretende alienar a coisa. Mas, ainda que não seja cientificado, pode o vendedor, ciente do propósito do comprador, tomar a iniciativa do exercício de seu direito, providenciando a intimação do comprador e, ao fazê-lo, terá a seu favor ação judicial para suspender a celebração do contrato alienativo com terceiro, este *res inter alios* na relação jurídica acertada.

Por fim, o direito de prelação se sujeita a exercício em prazo determinado na lei. Significa dizer que, não exercido no prazo, sujeitar-se-á o vendedor interessado aos efeitos da decadência. O prazo decadencial, no caso de coisa móvel, é de três dias a partir da data em que tomar ciência da intimação do comprador revelando seu propósito, e de sessenta dias, no caso de coisa imóvel, como registra o art. 516, do Cód. Civil, se outro prazo não for ajustado.

Essas, em apertada síntese e sem maior aprofundamento, as linhas que dão contorno ao direito de preferência em sua formatação clássica.

3. O direito urbanístico de preempção, contemplado no Estatuto da Cidade, apresenta os lineamentos do instituto tal como regulado pelo Direito Civil, mas, por razões óbvias, terá algumas características particulares que dele se distinguem. O núcleo central tem assento sobre a mesma base: o direito de se ter preferência em adquirir o bem ao momento em que o *dominus* resolve vendê-lo.

O primeiro ponto diferencial a ser destacado diz respeito ao *elemento subjetivo*, referente ao titular do direito no pacto de preempção.

No Direito Civil, o direito é pactuado por vendedor e comprador no contrato de compra e venda, de modo que a titularidade da preferência é outorgada a um *sujeito privado*, no caso o contratante que figura como vendedor e admite a possibilidade de readquirir a coisa vendida.

O Estado, como pessoa pública, não pode ser titular do direito de preempção. Na verdade, sequer pode figurar em contrato de compra e venda em que se tenha firmado o pacto adjeto da preempção. É que, como vendedor, é inviável a pactuação em seu favor porque, se ainda estiver interessado na coisa, mesmo para o futuro, tal interesse será o reconhecimento de que a coisa alienada traduzia ou poderia traduzir interesse público e, sendo assim, a alienação do bem público não poderia ter sido contratada. Como comprador, também não cabe a sujeição do Estado ao direito de prelação em favor do particular vendedor, já que não poderia ele, quando pretendesse alienar a coisa, curvar-se ao interesse privado do vendedor, sobretudo porque, para vender bens, o Estado deve subordinar-se ao princípio da licitação (art. 37, XXI, CF e Lei n° 8.666/93), segundo o qual é indispensável a competição, e esta seria

inviável se o vendedor tivesse o direito de preferência à reaquisição da coisa.

É verdade que o art.519, do Cód. Civil, prevê a *retrocessão*, instituto segundo o qual a União, o Estado ou o Município devem conferir ao ex-proprietário o direito à preferência na reaquisição do imóvel desapropriado, se não tiver sido implementado, por desinteresse estatal, o destino para o qual fora desapropriado. Aqui, todavia, inexistente o pacto adjeto a contrato de compra e venda, mas sim a imposição legal de atribuir o direito àquele que era o *dominus* do imóvel. Não há, pois, qualquer aspecto de *negociabilidade* gerador da fixação do direito.

No Direito Urbanístico, contudo, é titular do direito um *sujeito público*, e apenas de uma natureza: o Município. Ainda que o conteúdo do direito seja o mesmo - o de se ter a preferência no caso de o comprador vir a alienar a coisa - somente a pessoa municipal poderá qualificar-se como titular do direito, e assim mesmo nas condições estabelecidas no Estatuto. Segue-se que o Município não somente é um *sujeito público*, como ainda é o *único* sujeito público admitido como titular do direito.

4. Outro aspecto a considerar reside no *elemento objetivo*, que é o que se relaciona à incidência do direito.

Quando ajustado nos moldes do direito privado, o direito de prelação incide sobre *bens móveis ou imóveis*, aí incluindo-se os denominados *semoventes*, considerados como coisas móveis. A lei civil não o diz dessa forma incisiva, mas refere-se a ambas as categorias de bens quando regula o prazo decadencial em que o vendedor deve exercer o direito, manifestando-se no sentido de fazer valer a preferência na reaquisição do bem (art. 513, parágr. único e 516, do Cód. Civil).

Diferentemente, o direito de preempção como instrumento de política urbana *incide exclusivamente sobre bens imóveis*, e além do mais *imóveis urbanos*. Essa incidência restritiva se insere no art. 25, do Estatuto, que alude a *“aquisição de imóvel urbano”*. E nem poderia ser de outra forma. Se o instituto foi criado à guisa de instrumento urbanístico, nenhuma razão haveria para que incidisse sobre coisas móveis. Somente bens imóveis urbanos apontam interesse para a ordem urbanística, esta calcada, como é óbvio, na reengenharia de ocupação do solo.

5. Deve levar-se em conta, ainda, o aspecto relativo ao *elemento volitivo*, ou seja, à interferência da vontade na pactuação do direito de preempção.

O direito de preempção, tal como regulado no âmbito da lei civil, é pactuado dentro do contrato de compra e venda. Assim, da mesma forma que ocorre com as demais cláusulas contratuais, o pacto de preempção decorre da *vontade das partes (ex voluntate partium)*. O direito em foco constitui objeto do elemento volitivo, resultante do ajuste firmado por vendedor e comprador. Cuida-se, pois, de verdadeiro *pactum*, no sentido de cláusula oriunda da vontade dos contratantes, motivo por que é denominada de *preempção convencional*.

O direito de preempção de natureza urbanística, por sua vez, constitui objeto com diversa fisionomia, porquanto resulta da *vontade da lei*, estando afastada na hipótese qualquer interferência da vontade dos contratantes. Não se

pode, então, falar em *pacto*, já que este supõe necessariamente a conjugação bilateral das vontades. De fato, segundo o art. 25, § 1º, do Estatuto da Cidade, é a lei municipal que, fundada no plano diretor, deve delimitar as áreas em que incidirá o direito em favor do ente municipal, e isso sem qualquer manifestação volitiva do titular da propriedade imóvel. Configura-se na hipótese, então, o que os doutrinadores denominam de *preempção legal*, de que é exemplo também a retrocessão, prevista no art. 519, do Cód. Civil.

Constata-se, por conseguinte, que, enquanto o direito de preempção no direito privado tem natureza eminentemente *consensual*, sendo objeto de ajuste dentro do contrato de compra e venda, no processo urbanístico o direito assume caráter notoriamente *coercitivo*, sendo resultado de imposição legal (*ex vi legis*).

6. No que toca ao *elemento finalístico*, temos também uma outra particularidade.

Quando celebram o contrato de compra e venda de coisa móvel ou imóvel, os contratantes expressam sua vontade voltados basicamente para seus interesses, que se caracterizam como interesses privados. Corolário dessa finalidade é que, na medida em que ajustam o pacto de preferência, estão presentes os mesmos *interesses privados*.

Não é o que ocorre com o direito de preempção em favor do Município. O fim último da fixação desse direito consiste na formação, preservação ou reconstituição da ordem urbanística, daí podendo extrair-se a conclusão de que a finalidade do instituto atende ao *interesse público*. Como vimos, não há incidência do elemento volitivo privado na instituição desse tipo de preempção e, exatamente por estar ele ausente, não há que falar em interesses privados como objetivo da preferência.

Poder-se-ia objetar com o fato de que é admissível juridicamente, em certos casos, a celebração de contrato de compra e venda, sendo o Estado um dos sujeitos, hipótese que se configuraria como mero contrato privado, segundo posição adotada pela doutrina dominante. Entretanto, se é admissível o contrato alienativo em si, o mesmo não se pode dizer sobre o ajuste do pacto adjeto de preempção, seja vendedor ou comprador o Estado, e isso porque o instituto se afigura inconciliável com a função do Estado, mesmo que seja comprador, como consignamos acima.

7. Avulta, por outro lado, analisar o *elemento formal* do pacto de preferência.

No Direito Civil, o direito de preempção se formaliza como *pacto adjeto* ao contrato de compra e venda. *Pacto adjeto*, porque além de ser uma cláusula pactuada entre as partes, passa a integrar, como ajuste adicional de natureza especial, o contrato de compra e venda. Aliás, no próprio sistema do Código Civil, o pacto de preempção figura como *cláusula especial à compra e venda*, ao lado da retrovenda, da venda a contento, do pacto de melhor comprador e do pacto comissório.

Por conseguinte, é cabível afirmar que o direito de preempção, do ponto-de-vista formal, se situa *no bojo* do contrato de compra e venda, com a natureza de cláusula especial desse ajuste.

Em sede urbanística, porém, o processo de formalização se consuma de forma diversa. Ao invés de figurar no contrato como cláusula especial, sua instituição se dá por lei. Em consequência, enquanto no direito privado o direito surge de *relação bilateral*, como *pacto* ajustado entre vendedor e comprador, no Estatuto da Cidade pode considerar-se que há uma *relação trilateral*, pois que, além dos dois particulares que firmaram o contrato alienativo (como regra, sem a estipulação do pacto), interfere o Município como titular do direito.

É fácil verificar, então, que, no direito privado, é o vendedor que titulariza o direito de prelação no caso de o comprador desejar a alienação da coisa. Na política urbana, porém, o direito é exercido pelo Município em relação ao contrato celebrado entre vendedor e comprador, *ainda que no ajuste nada se tenha pactuado a respeito de preferência*.

Por essa razão é que não se aplicam, ao direito de preempção urbanístico, as duas condições anotadas por ORLANDO GOMES para a implementação do pacto de preferência do direito privado: 1ª) que o comprador queira vender a coisa; 2ª) que o vendedor queira exercer o direito de preferência (ob. cit., p. 259). A primeira condição se mantém, mas a segunda não tem aplicação, já que o *intuito aquisitivo* foi outorgado por lei ao Município, titular do direito.

8. No plano relativo ao período de vigência do *pactum protimiseos* (*elemento temporal*), é possível da mesma forma identificar traço peculiar na prelação contemplada na Lei nº 10.257.

Conforme dispõe o art. 516, do Cód. Civil, não havendo pacto diverso, o vendedor tem prazos específicos para exercer a prelação, sendo de três dias, se for coisa móvel, ou de sessenta, se for coisa imóvel, após os quais, sem o exercício do direito, se consumará a decadência. Note-se, contudo, que tais prazos só têm aplicação quando já existe o intuito alienativo do comprador e dele foi cientificado o vendedor. Fora daí, porém, a lei admitiu implicitamente a aplicação do pacto *por tempo indeterminado*. Em outras palavras, tal significa que o direito de preferência pactuado tem vigência durante todo o período em que o comprador estiver com a propriedade da coisa, o que demonstra a indeterminação temporal para o exercício. A única alteração processada pelo atual Código Civil consiste em que as partes não podem fixar, para o exercício do direito, prazos superiores a cento e oitenta dias, se for coisa móvel, ou a dois anos, se imóvel (art. 513, parágrafo único). Tais prazos, no entanto, iniciam-se após a intenção de venda por parte do antigo comprador; no curso do direito de propriedade, todavia, o direito perdura indeterminadamente até que o proprietário decida alienar a coisa.

Como instrumento de política urbana, não obstante, o direito de preempção é fixado por *prazo determinado*. De fato, reza o art. 25, § 1º, do Estatuto, que a lei municipal que impuser o direito de preempção deverá fixar prazo de vigência, e este não poderá ser superior a cinco anos, sendo renovável a partir de um ano após o decurso do prazo inicial de vigência. Observe-se que o prazo

com a renovação é *descontínuo*, vale dizer, composto de etapas alternadas, passando-se da seguinte forma: 1º) prazo normal de vigência da lei, com o máximo de cinco anos; 2º) prazo de um ano após a caducidade da lei, sem a existência de norma contendo o direito de preempção (à semelhança do que ocorre com o decreto expropriatório, se a desapropriação não é efetivada em cinco anos, como consta do art. 10, do Decr. 3.365/41); 3ª) nova lei municipal renovando a vigência (*rectius* : renovando o *conteúdo* da lei já caduca).

Como o direito de preempção urbanístico está indissociavelmente atrelado à vigência da lei municipal que o instituiu para as áreas que delimitar, na forma do que dispuser o plano diretor, o prazo de vigência do direito se subordina, implicitamente, ao da própria lei instituidora. Há, portanto, a mesma determinação temporal que o Estatuto exige para a lei municipal.

É de se reconhecer, na verdade, que, no fundo, poderemos admitir também a indeterminação temporal, com a diferença, no entanto, de que o prazo de vigência do direito de prelação no direito privado *não sofre descontinuidade*, o que, como vimos, não sucede com o instituto urbanístico.

Quid iuris se, no prazo de vigência da lei, de cinco anos, para exemplificar, houver sucessivas alienações do mesmo imóvel sujeito ao direito de preempção em favor do Município? Estando em vigor a lei, em cada alienação poderá ser exercida a preferência pelo Município. Quer dizer: não há obrigatoriedade de o Município exercer a preferência quando o proprietário aliena a coisa ao comprador; poderá fazê-lo quando o comprador decidir aliená-la a um novo comprador.

9. Examinemos o *elemento causal* do direito de preempção. A análise de tal elemento envolve a perquirição do *motivo* que conduz à instituição do direito. Em outras palavras, são as razões de fato ou de direito que conduzem à formação do direito subjetivo.

Não custa lembrar, à guisa de esclarecimento prévio, que o motivo da vontade não tem relevância expressiva no âmbito do direito privado. No direito público, todavia, o motivo constitui um dos elementos do ato administrativo. Modernamente a perquirição do motivo abrange, inclusive, os atos legislativos e jurisdicionais, realçando-se o princípio da razoabilidade que deve inspirar a prática de todo e qualquer ato oriundo de autoridade pública.

A cláusula de preferência, como pacto adjeto ao contrato de compra e venda, não apresenta qualquer exigência quanto ao motivo que levou os contratantes a firmá-lo. Aliás, o mesmo se pode dizer quanto ao motivo para a própria alienação.

O Estatuto, por regular instituto de ordem pública, enumera, no art. 26, os casos em que o Poder Público municipal deve exercer o direito de preempção que a lei lhe outorgou. O exercício do direito deve suceder quando houver necessidade de: 1º) regularização fundiária; 2º) execução de programas habitacionais; 3º) constituição de reserva fundiária; 4º) projeto de expansão urbana; 5º) implantação de equipamentos urbanos e comunitários; 6º) formação de áreas verdes e de lazer; 7º) proteção ambiental; 8º) proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

Aqui se faz necessário breve comentário sobre tema de Direito Administrativo. Uma das classificações básicas dos atos administrativos consiste em agrupá-los em *atos vinculados* e *atos discricionários*. A despeito da crítica que lhe fazem alguns estudiosos, a divisão é clássica e, afastando alguns pontos inúteis de detalhamento, a dicotomia permanece e é adotada por vários juristas e em diversos julgados. Vinculados são aqueles em que o regramento jurídico “*pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada*” (MARIA SILVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 3ª. ed., 1993, p. 161). Já os atos discricionários, como já averbamos alhures, são aqueles em que “*se defere ao agente o poder de valorar os fatores constitutivos do motivo e do objeto, apreciando a conveniência e a oportunidade da conduta*” (nosso *Manual de Direito Administrativo*, Ed. Lumen Juris, 8ª. ed., 2001, p. 96).

Quando o Estatuto consigna que o exercício do direito de preempção só pode ser exercido pelo Município *quando houver necessidade* de alguma das medidas urbanísticas que estão relacionadas no art. 26, daí temos que extrair duas conclusões quanto à natureza da conduta administrativa. De um lado, poder-se-á dizer que a Administração municipal está *vinculada às hipóteses que a lei enunciou*, e essa circunstância descarta qualquer outra fora da enumeração legal. Quanto à eleição da hipótese em si mesma, haverá sem dúvida uma certa discricionariedade para o administrador, que pode exercer o direito de prelação, por exemplo, quer para reserva fundiária, quer para ordenar e direcionar a expansão urbana.

A princípio, poderia parecer inviável a escolha administrativa diante do que dispõe o art. 26, parág. único, do Estatuto, segundo o qual a lei municipal “*deverá enquadrar cada área em que incidirá o direito de preempção em uma ou mais das finalidades enumeradas por este artigo*”. Note-se, no entanto, que a lei federal aponta uma obrigação para o legislador municipal, qual seja a de *mencionar expressamente* a finalidade para a qual se destinará o exercício do direito. Ora, como indicar a finalidade é, na hipótese, o mesmo que revelar o *motivo* da conduta administrativa, poder-se-á concluir que a exigência é a de também *justificar* a preferência aquisitiva. Ocorre que o próprio Estatuto admite possa o enquadramento da área ajustar-se a *uma ou mais das finalidades*, que é o mesmo que dizer que o enquadramento pode atender a *um ou mais motivos*. Se a lei indicar *apenas* um motivo, a administração municipal estará irremediavelmente vinculada a ele, mas se indicar *mais de um* é cabível supor que à administração incumbirá o poder de eleger a que espelhar maior interesse para a política urbana.

É claro que a liberdade administrativa nunca será integral, porque não se permitem abusos por parte da Administração, e ademais cada ato que substanciar a escolha da hipótese legal deverá ter claros os motivos conducentes, de modo a poderem ser investigados quanto à veracidade e à legalidade. Há, desse modo, ponto e contraponto: a escolha do motivo para exercitar o direito de preferência é administrativa, mas não pode a Administração eximir-se de demonstrar as razões por que a fez.

Uma coisa é certa: diversamente do que sucede no direito privado, o

motivo condutor do exercício do direito de preempção pelo Município é de fundamental relevância para averiguar-se se observou ou não a estrita legalidade imposta no Estatuto. Observe-se, por oportuno, que a autoridade que determinar a utilização do imóvel, após exercida a preferência, fora dos fins a que a lei a destinou, incorrerá em improbidade administrativa, sujeitando-se aos efeitos da Lei nº 8.429, de 2.6.92. É o que dispõe o art. 52, III, do Estatuto.

10. Hipótese interessante diz respeito à questão da incidência da lei nova municipal em relação a contrato de compra e venda celebrado antes de sua vigência, no qual tenham as partes ajustado o pacto de preempção. A questão não é meramente acadêmica e pode efetivamente ocorrer.

A solução deve ser buscada no princípio da irretroatividade da lei, consagrado no art. 5º, XXXVI, da CF, segundo o qual a lei não pode prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. No caso em tela, a questão gira em torno do ato jurídico perfeito, que é aquele em que consiste o contrato de compra e venda e o ajuste da cláusula de preempção firmados pelas partes.

Segundo o preceito do art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decr. lei nº 4.657, de 4.9.42), "*reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*". O preceito encerra algumas considerações sobre seu sentido. A qualificação de *perfeito* aposta à expressão *ato jurídico* tem o significado de indicar que foi completado o ciclo de formação do ato. Quer dizer: concluiu-se a manifestação de vontade das partes ajustada em determinado sentido e procedeu-se à formalização por meio da exteriorização dessas vontades. Com a presença de todos esses elementos, dá-se a *consumação* do ato. Se esta consumação teve desfecho sob o império da lei "A", fica garantida a incolumidade do ato contra eventuais preceitos diversos que venham a constar da lei "B", que sucedeu àquela, tornando-se inviável a retroatividade da lei nova ao ato consumado. Estando apenas em formação o ato e, pois, sem consumação ainda, incidirá a lei nova, visto que inexistente até sua entrada em vigor qualquer situação de *definitividade jurídica*.

Diante desses elementos, se o contrato de compra e venda com o pacto adjeto de prelação, como ato jurídico perfeito, se consumou anteriormente à lei municipal instituidora do direito de preferência em favor do Município, não pode esta aplicar-se ao contrato, pois que, se assim o fizesse, vulnerado estaria o princípio constitucional da irretroatividade da lei. Segue-se que, à ocasião em que o comprador resolver alienar o imóvel, titular do direito de preempção será o vendedor, conforme pactuado no contrato, e não o Município.

Uma vez exercido o direito de preferência pelo vendedor, nos termos do contrato de compra e venda, a lei nova municipal já poderá ter integral aplicabilidade, de modo que o próximo direito de preempção, nela contemplado, será exercido pelo Município no momento em que o ex-vendedor, agora proprietário, decida alienar o bem. Somente assim se torna conciliável o interesse urbanístico com a garantia constitucional.

Poder-se-á indagar se, garantido o pacto de prelação firmado entre particulares e afastada a lei nova municipal, não se estaria sobrepondo o interesse

privado ao interesse público consistente na reengenharia urbanística. A resposta é negativa. A uma, porque a solução encontra respaldo na ordem constitucional, que não pode ser confrontada por lei; a duas, porque *não se elide o interesse urbanístico do Município*, mas apenas fica postergado o exercício do direito de preferência para a aquisição do bem. E não custa lembrar que, se o interesse urbanístico for de tal ordem que não possa o Município aguardar o momento futuro em que o proprietário resolva alienar o imóvel para então exercer seu direito, outros instrumentos poderão ser por ele adotados, inclusive o mais drástico - a desapropriação do bem (não a desapropriação urbanística punitiva, é claro, mas a urbanística comum, prevista na lei geral de desapropriações - o Decr. Lei 3.365/41).

Não parece, entretanto, que possa haver toda essa aflição por parte do ente municipal. Na verdade, quando a lei municipal institui o direito, para as áreas que delimitar, segundo o plano diretor, já demonstra que a necessidade de aquisição do imóvel não é *imediate*, mas ao contrário *eventual*. De fato, pode ocorrer que o proprietário do imóvel jamais pretenda vendê-lo, e se essa for a sua resolução jamais também poderá o Município tornar concreto o direito que a lei abstratamente previu.

11. Delineados os elementos materiais de composição do direito de preempção urbanístico, vale a pena tecer rápidas considerações sobre o procedimento formal consoante o qual se concretiza o exercício do direito.

O primeiro elemento procedimental é a *notificação* que cabe ao proprietário dirigir ao Município, cientificando-o de sua intenção de alienar o imóvel. Não obstante, só será possível ao proprietário fazê-lo se ele próprio estiver ciente de que seu imóvel está na área delimitada na lei municipal e suscetível de sujeição ao direito de preempção municipal. Desse modo, embora o Estatuto tenha silenciado sobre o assunto, é indispensável que, editada a lei municipal, *devam ser cientificados todos os proprietários cujos imóveis se situem na área demarcada*. Como se sabe, dificilmente a população leiga se preocupa em acompanhar leis e atos do Poder Público, além de que, por outro lado, poderá haver proprietários humildes e de poucas letras. Nota-se, assim, que acabaria por não ser *vável* atender à lei quanto à notificação.

Qual o efeito que decorreria do fato de a alienação do imóvel ser processada, sem que o vendedor tenha notificado o Município para manifestar-se sobre o direito de preferência à aquisição? Essa questão encerrou funda polêmica doutrinária no que toca à retrocessão, prevista no art. 519, do Cód. Civil, também hipótese de preempção legal, como bem assinala CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (ob. cit., p. 135). Para uns, tratar-se-ia de verdadeiro direito real, de modo que assistiria ao ex-proprietário o direito de desfazer o negócio e reivindicar o bem (SEABRA FAGUNDES, EURICO SODRÉ, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, AGOSTINHO ALVIM); para outros, no entanto, haveria no caso mero direito pessoal e, desse modo, havendo preterição do aviso ao ex-proprietário, teria este apenas o direito a ser indenizado pelos prejuízos que advieram da circunstância de não ter ele exercido a prelação (ESPÍNOLA, WHITAKER, EBERT CHAMOUN, CLÓVIS BEVILAQUA). Já tivemos a oportunidade de registrar que, a

despeito de nos parecer mais justa a corrente que admite a reivindicação do bem alienado a terceiro, entendemos que na lei civil não há elementos que levem a essa conclusão e, ao contrário, o sistema adotado parece mesmo conduzir a que o desfecho seja o meramente indenizatório (nosso *Manual de Direito Administrativo* cit., p. 655).

Não obstante a dissidência doutrinária, o direito de preempção urbanístico tem, como já vimos, fisionomia jurídica diversa da preempção prevista no estatuto civil, inclusive em relação ao instituto da retrocessão, apesar de ser esta, como também a urbanística, espécie de preempção legal. Primeiramente, a relação jurídica na lei civil é *dúplice*, fixando-se apenas entre dois pólos (na própria retrocessão, é o Estado expropriante que tem a obrigação de oferecer o imóvel desapropriado ao ex-proprietário), ao passo que no Estatuto a relação é *tríplice*, porque envolve as partes na compra e venda e o Município, que nunca foi titular da propriedade em jogo. Além disso, os fins também são de natureza diversa: na lei civil, é o interesse das partes e, no Estatuto, é a ordem urbanística. Referidas diferenças conduzem a tratamento jurídico particular para a preempção urbanística.

De plano, entendemos que o direito conferido por lei ao Município tem a natureza de *direito pessoal*, visto que inexistente qualquer indício de que o legislador tenha pretendido delinear-lo como direito real. Não previu qualquer norma que contivesse direito reivindicatório para o Município. Por outro lado, sequer determinou, como o fez para outros instrumentos urbanísticos previstos no mesmo Estatuto, anotação do fato junto ao registro imobiliário. De tal premissa, parece-nos possível, desde logo, concluir que, tendo havido preterição no que toca à preferência, o negócio de compra e venda deve considerar-se válido e eficaz, *não assistindo ao Município ação para desfazê-lo*.

Em termos de indenização, porém, há que distinguir. Se o proprietário for devidamente cientificado pelo Município sobre sua obrigação de notificá-lo quando decidir alienar o imóvel, caber-lhe-á indenizar o ente municipal pelas perdas e danos que a preterição houver provocado. No caso de desconhecer essa obrigação, cuja ciência o Município deveria ter providenciado, nenhuma indenização será devida. O princípio da não-escusa de ignorância da lei há de ser interpretado em consonância com o princípio da autonomia da vontade, segundo o qual os particulares têm o direito de contratar livremente.

12. Partindo-se da premissa de que o proprietário tenha sido cientificado da necessidade de notificar o Município, vejamos a formalização exigida no que se refere a tal fato.

A notificação deve ter, em anexo, a proposta de compra assinada pelo interessado, e isso para, em primeiro lugar, ser comprovado o interesse aquisitivo de terceiro, e depois para aferir-se o valor que o interessado pretende pagar pelo imóvel. Além do valor, devem constar da proposta as condições de pagamento e o prazo de validade.

Deve o Município manifestar seu interesse em comprar o imóvel no prazo de trinta dias a partir da notificação. A manifestação deve ser por escrito, atendendo, inclusive, ao princípio da solenidade exigido para os atos adminis-

trativos. Não há obrigatoriedade de o Município exercer o direito de preempção; trata-se de *faculdade jurídica*, a ser exercida de acordo com critérios eminentemente administrativos do governo municipal. Inexistindo interesse, pode o Município exprimir formalmente seu desinteresse, comunicando-o ao proprietário, ou simplesmente deixar transcorrer *in albis* o trintídio. Aqui ocorrerá a decadência do direito e o silêncio do ente notificado deverá ser interpretado como manifestação negativa de vontade.

O proprietário, então, poderá alienar o imóvel ao interessado *nas condições da proposta já formalizada*. Se o contrato alienativo for celebrado em condições diversas, a alienação será nula de pleno direito, como adverte o art. 27, § 5º, do Estatuto, evitando-se que o Município tenha seu direito fraudado por ardilosa via oblíqua arquitetada pelo proprietário e pelo interessado. A propósito, incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92, quem adquirir imóvel objeto de direito de preempção urbanístico pelo valor da proposta apresentada, quando este for, comprovadamente, superior ao de mercado. Em tal sentido dispõe o art. 52, VIII, do Estatuto.

Com vistas a evitar tais problemas, o Estatuto assinou ao proprietário a obrigação de apresentar ao Município, no prazo de trinta dias, cópia da escritura pública que concretizou o contrato de compra e venda. A lei não disse quem seria o proprietário para esse fim, se o anterior que notificou o Município ou o adquirente do imóvel. Sem embargo de dúvida que possa surgir, parece lógico que a obrigação seja cometida ao adquirente, *novo proprietário*, porquanto o anterior já cumpriu a sua, que era a de notificar o Município e, ademais, é ao novo proprietário que cabe demonstrar que adquiriu o bem nas condições da proposta, não incorrendo, desse modo, em improbidade administrativa.

13. Não cumprida tal obrigação no prazo legal de trinta dias, pode o Município notificar o proprietário para fazê-lo. *Quid iuris*, se a obrigação não for cumprida?

O Estatuto deixou bem nítida a obrigação (de apresentar cópia do instrumento contratual), mas omitiu-se quanto à previsão de sanção para o caso de eventual descumprimento. Ou seja, a lei exibiu o preceito mas o esvaziou pela omissão de medida sancionatória: afinal, é sabido que de nada serve o preceito se não houver a sanção pela sua inobservância.

Sendo o Estatuto consubstanciado por lei federal que traça as *diretrizes gerais* sobre a política urbana, caberá ao Município interessado, ao editar a lei específica instituidora da preempção, prevista no art. 25, ou uma outra lei à parte, fixar a *sanção administrativa* a ser imposta ao proprietário descumpridor da obrigação legal, a qual, possivelmente, será a de multa. O que se deve exigir é que a sanção *seja formalmente prevista em lei*, e não em mero ato administrativo, este via inidônea para imposições sancionatórias despidas de suporte legal.

Independentemente disso, poderá o Município providenciar *notificação administrativa* ao proprietário para que apresente o documento contratual exigido na lei e, no caso de recalcitrância, tem o ente municipal o direito de ajuizar ação contra o omissor, de cunho cominatório, a fim de obter decisão judicial que o condene ao cumprimento da obrigação de fazer - a de apresentação da cópia do

instrumento público em que se formalizou o negócio aquisitivo.

14. Estando o Município interessado na aquisição do imóvel, deve providenciar a publicação do aviso da notificação recebida e da intenção do ente notificado de adquirir o imóvel nas condições da proposta anexa à notificação. A publicação deverá ser feita, no mínimo, duas vezes, uma em órgão oficial e outra em jornal local ou regional de grande circulação (art. 27, § 2º).

O Estatuto se omite quanto às providências a serem seguidas após a publicação. Cabe, portanto, a cada Município dispor normativamente sobre a matéria, seja na lei municipal instituidora do direito de preempção, seja em lei posterior específica. Ainda que inexistir regulação própria para a matéria, a publicação encerra a primeira fase básica do instrumento urbanístico, de modo que, daí para a frente, bastará a articulação entre o Município e o proprietário para a celebração do negócio jurídico de compra e venda.

15. Como já mencionamos de passagem, o Estatuto comina com a sanção de nulidade de pleno direito a alienação efetivada sem que tenham sido observadas as condições nele estabelecidas (art. 27, § 5º). Caberia indagar, no caso, quem estaria legitimado a promover a respectiva ação declaratória de nulidade.

Primeiramente, é mister deixar claro que a inobservância das condições fixadas na lei urbanística é, sem dúvida, hipótese de nulidade. De acordo com o art. 166, VI, do Cód. Civil, o ato jurídico é nulo “quando a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática sem cominar sanção”. Tendo-o declarado, de forma expressa, o Estatuto, impõe-se interpretar a hipótese como sendo efetivamente de nulidade.

Diferentemente do que sucede com a anulabilidade, podem as nulidades ser “alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir” (art. 168, Cód. Civil). E a qualificação de interessado deve ser a mais ampla possível, em ordem a ser assim considerado qualquer pessoa cujo desfazimento do ato possa afetar sua órbita jurídica, propiciando a satisfação de seu interesse.

Conseqüentemente, infere-se que são legitimados para promover a declaração de nulidade do negócio jurídico o Município (este o interessado principal), o vendedor, o comprador, o Ministério Público e o terceiro que demonstre sua qualidade de interessado.

16. Declarada a nulidade do contrato e desfeito o ajuste alienativo, o efeito jurídico que daí decorre é o de que as partes retornam ao *statu quo ante*. Com efeito, a lei civil é incisiva no sentido de que, anulado o ato, restituem-se as partes ao estado em que antes dele se encontravam (art. 182, Cód. Civil). Não sendo possível, o efeito se converte em indenizatório. É também o que sucede no âmbito do Direito Urbanístico. Mas com uma peculiaridade que merece ser anotada.

De acordo com o Estatuto, desfeito o negócio, o Município poderá adquirir o imóvel pelo valor da base de cálculo do IPTU ou pelo valor indicado na proposta apresentada, se este for inferior àquele (art. 27, § 6º). Com a fixação dessa faculdade legal, o Município assume, realmente, o papel de *principal inte-*

ressado (não o único, como foi visto) no desfazimento do contrato alienativo.

Ao contrário do que se possa supor, ante os termos do citado dispositivo, só há discricionariedade administrativa ante a possibilidade de o Município *adquirir ou não* o imóvel depois da invalidação. Entretanto, definida a opção pela aquisição, não há liberdade de escolha *quanto às condições de aquisição*: o Município *só* pode pagar o preço mais baixo - ou o valor-base do IPTU ou o da proposta, se este for mais baixo que aquele. Há, portanto, *atividade estritamente vinculada* do administrador municipal quanto ao valor da aquisição do imóvel.

17. Das breves linhas que traçamos acima, não é difícil constatar que o direito de preempção urbanístico constitui interessante inovação para que o Município possa processar a reengenharia de ocupação organizada do solo urbano.

Comparando-o com o clássico direito de preempção ou preferência previsto na lei civil, procuramos deixar acentuados os aspectos diferenciais que marcam a fisionomia de cada um dos institutos, considerando, fundamentalmente, a natureza de cada um, o elemento causal-volitivo e os fins a que se destinam.

Trata-se, enfim, de resumida análise, cujo objetivo é tão somente o de suscitar os debates e as reflexões sobre o novel instituto de política urbana.

⁽¹⁾ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO é Procurador de Justiça do RJ (aposentado), Prof. da UFF - Univ. Federal Fluminense (Pós-graduação), Prof. da Univ. Cândido Mendes (Pós-graduação), Prof. da Universidade Estácio de Sá (Pós-graduação), Professor da EMERJ - Escola da Magistratura do RJ, Professor da EMATRA - Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho no Rio de Janeiro, Professor da FEMPERJ - Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro, Mestre em Direito (UFRJ).

Plano Diretor Municipal: Elaboração e Alteração do Instrumento Básico da Política Urbana

Gláucia Rodrigues T. de Oliveira Mello*

Sumário

1. Introdução. 2. Da Natureza Jurídica do Plano Diretor. 3. Do *Status* Normativo do Plano Diretor Municipal. 4. Do Princípio do Tecnicismo e da Necessidade de Elaboração de Estudos e Diagnósticos. 5. Da Iniciativa Legislativa para o Projeto de Alteração do Plano Diretor Municipal. 6. Da Imprescindível Participação Popular e Acompanhamento pelo Ministério Público. 7. Da (Im)Possibilidade de Emendas Parlamentares ao Projeto de Lei de Alteração do Plano Diretor. 8. Conclusão. Referências.

Resumo

O artigo tem o objetivo de trazer o *iter* procedimental de elaboração e da alteração de um plano diretor municipal. Para tanto, serão abordados aspectos acerca da natureza jurídica do plano diretor, iniciativa, controvérsias que circundam a sua edição, bem como analisados os princípios que pautam a sua edição.

Palavras-chave: Plano Diretor. Processo legislativo. Edição. Alteração.

1. Introdução

O presente artigo tem o objetivo de traçar linhas gerais acerca do processo de elaboração e alteração do plano diretor municipal. Sem a pretensão de exaurir o tema, a abordagem perpassará aspectos tais como a natureza jurídica do plano diretor, vieses formais e materiais do processo legislativo, bem como o papel do Ministério Público em tais procedimentos.

Com efeito, a participação do Ministério Público em tal senda ganha especial relevância não só em razão da natureza do tema, de inegável cunho social e democrático, mas também por força da novel Lei nº 13.089/15 – Estatuto da Metrópole, a qual erige o *acompanhamento* pelo Ministério Público a um dos requisitos do processo de elaboração do plano de desenvolvimento urbano integrado.

A despeito de a previsão referir-se à elaboração, como dito, do PDUI – e não do Plano Diretor –, sustentar-se-á a possibilidade de aplicação analógica do

* Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

dispositivo ao processo de elaboração do plano diretor municipal, de modo a permitir o acompanhamento pelo *Parquet* desde a origem da confecção do projeto, evitando, com isso, que sejam aprovados planos inconsistentes e dissociados da realidade e da boa técnica.

2. Da Natureza Jurídica do Plano Diretor

O Plano Diretor, instrumento de planejamento da política urbana municipal, encontra previsão no art. 182, §1º, da Constituição, o qual estabelece a necessidade de elaboração de uma *política de desenvolvimento urbano*, a ser executada pelo poder público municipal:

Art. 182 A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

O Plano Diretor é considerado o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, sendo considerado obrigatório pela Constituição para os Municípios com mais de 20 mil habitantes. Além disso, o art. 41 do Estatuto da Cidade estabelece a obrigatoriedade do plano diretor também para cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no art. 182, §4º, da Constituição Federal; integrantes de áreas de especial interesse turístico; inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional e também para as cidades incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, podemos conceituar o plano diretor como “o instrumento fundamental de política urbana pelo qual o Município traça as diretrizes e os objetivos relacionados ao desenvolvimento social e à expansão urbana”¹.

Com efeito, controverte a doutrina acerca da natureza jurídica do Plano Diretor. A despeito de o Plano ser veiculado por meio de lei municipal, há acesa discussão na doutrina sobre a sua real natureza.

¹ *Comentários ao Estatuto da Cidade*. p.270.

Há aqueles que enxergam o plano diretor como *instituto jurídico autônomo* do direito urbanístico, que não se enquadraria nas noções tradicionais do direito constitucional e administrativo. Argumenta-se que a Constituição se limita a estabelecer que o Plano Diretor deverá ser aprovado pela Câmara Municipal, mas sem estabelecer o ato por meio do qual deveria dar-se tal aprovação. É o entendimento de Victor Carvalho Pinto:

A caracterização dos planos urbanísticos como uma modalidade própria de ato jurídico é defendida por Forsthoff. Para este autor, o plano não é lei, uma vez que não é abstrato, mas extremamente concreto, e não é ato administrativo, porque não regula a situação do indivíduo, mas impõe uma ordem que ultrapassa o quadro dos interesses individuais. (...) *A Constituição não define o instrumento jurídico formal pelo qual a Câmara Municipal aprova o plano diretor. Ela limita-se a estabelecer sua "aprovação" pelo Legislativo local. A rigor, o plano diretor não poderia ser considerado uma lei. A simples aprovação do legislativo não é suficiente para transformar em lei um projeto. A lei não decorre da vontade exclusiva do legislativo, mas da conjugação desta com a do Executivo, por meio da sanção. A constituição autoriza, portanto, a interpretação de que se trata de uma figura jurídica nova, por ela própria criada. Se o constituinte quisesse fazê-lo, teria simplesmente dito que a função social da propriedade é definida por lei municipal. (Direito Urbanístico – plano diretor e direito de propriedade. PINTO, Victor Carvalho. Ed. RT, 2014. p.207-210.)*

O raciocínio é pertinente, mas não prospera. Com efeito, o autor embasa seu fundamento na redação literal do §1º do art. 182, da Constituição, o qual textualmente estabelece que "o plano diretor, *aprovado pela Câmara Municipal*, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana."

Todavia, é de bom alvitre rememorar que a interpretação dos parágrafos não pode ser completamente dissociada da cabeça do dispositivo. Com isso em mente, é certo que o *caput* do art. 182 da Constituição estabelece que "*a política de desenvolvimento urbano*, executada pelo Poder Público municipal, *conforme diretrizes gerais fixadas em lei*, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes".

Ora, se o plano diretor é o *instrumento básico da política de desenvolvimento urbano* (art. 182, §1º) e se é certo que a *política de desenvolvimento urbano* deve ser executada conforme as *diretrizes gerais fixadas em lei* (art. 182, *caput*), outra não é a conclusão senão aquela no sentido de que o Plano Diretor consiste exatamente nessa *lei* que agasalha as tais diretrizes gerais do planejamento urbano².

² No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho: "Conclui-se, por conseguinte, ser possível atribuir ao plano diretor a natureza de instrumento legal básico de política urbana." (*Comentários ao Estatuto da*

Sepultando a controvérsia, em consonância com o aqui defendido, o art. 40 do Estatuto da Cidade³ definiu que o plano diretor será aprovado *por meio de lei municipal*.

Hely Lopes Meirelles também se manifesta dessa forma, concluindo que o plano diretor “[...] é o instrumento técnico-legal definidor dos objetivos de cada municipalidade, e por isso mesmo com supremacia sobre os outros, para orientar toda atividade da Administração e dos administrados nas realizações públicas e particulares que interessem ou afetem a coletividade.” (*Direito Municipal Brasileiro*. p.550.)

Sustentando a natureza de *lei* do Plano Diretor, José Afonso da Silva defende tratar-se o diploma de uma lei em sentido *formal e material*, porquanto conformador, transformador e inovador no mundo jurídico:

A lei, no caso, não constitui simples ato de aprovação de proposições técnicas e administrativas. Configura um articulado que revela as diretrizes normativas do plano e dá eficácia jurídica às regras concretas que ele contém. Por isso, a nosso ver, o plano passa a integrar o conteúdo da lei, formando, assim, com esta, uma unidade legislativa. Em sentido formal, portanto, os planos urbanísticos no Brasil têm natureza de lei, e também o têm no sentido material, pois, como já vimos, são conformadores, transformadores e inovadores da situação existente, integrando o ordenamento jurídico que modificam, embora neles se encontrem também regras concretas de natureza administrativa, especialmente quando sejam de eficácia e aplicabilidade imediatas e executivas. (*Op. cit.* p.96)

Seja como for, na linha do já mencionado, o fato é que o art. 40 do Estatuto da Cidade estabelece que Plano Diretor *deverá ser aprovado por meio de lei municipal*, o que nos leva a concluir que necessariamente haverá de ser editada uma *lei formal* para que se aprove ou altere o Plano Diretor.

3. Do Status Normativo do Plano Diretor Municipal

Registre-se que não há na Constituição Federal qualquer dispositivo que imponha reserva de lei complementar para tratar de matéria urbanística ou do Plano Diretor. Em virtude disso, controvérte a doutrina acerca da possibilidade de os Municípios estabelecerem, em suas leis orgânicas, procedimento mais dificultoso para a aprovação de tais diplomas normativos.

Cidade. Ed. Lumen Juris. 2009. p.270) É também o entendimento de Toshio Mukai: “Ponto fundamental quanto à elaboração e aprovação do plano diretor está em sua tramitação legislativa, pois já era da doutrina que o plano diretor deveria ser aprovado por lei e agora a Constituição de 1988 previu expressamente essa obrigatoriedade (art. 182, *caput*).” (MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade - Anotações à Lei nº 10.257, de 10-7-2001*. Ed. Saraiva, 2008.)

³ Art. 40. O plano diretor, *aprovado por lei municipal*, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

Digno de nota é o entendimento doutrinário no sentido de que a Lei Orgânica Municipal não poderia prever tal reserva qualificada para a instituição de planos urbanísticos ante a impossibilidade de se dificultar, demasiadamente, a dinâmica do ordenamento da cidade.

Neste sentido, é o escólio do insigne José dos Santos Carvalho Filho:

Com a devida vênia, parece-nos que a Lei Orgânica não poderia fixar esse quórum especial para aprovação da lei. Há mais de uma razão para nosso pensamento. Primeiramente, o plano é aprovado por lei ordinária, espécie normativa para a qual o quórum já está fixado na Constituição (art. 47). Ademais, a despeito da relevância da matéria urbanística, nenhuma reserva existe no sentido de que seja disciplinada por espécie normativa diversa da lei ordinária, ou por quórum de presença e de aprovação diverso do estabelecido pela Constituição. Por último, não é sem propósito destacar que o processo urbanístico é dinâmico, sendo incabível engessar a legislação e deixá-la inflexível diante de mudanças necessárias nas regras de política urbana. (*Comentários ao Estatuto da Cidade*. Ed. Lumen Juris, 2009. p.278.)

Em sentido diametralmente oposto, Hely Lopes Meirelles argumenta que, em virtude da importância desta lei, razoável seria o estabelecimento de quórum qualificado para a sua aprovação. Segundo o autor, *os municípios podem estabelecer em sua legislação quórum qualificado para a aprovação ou modificação da lei do plano diretor, infundindo, assim, maior segurança e perenidade a essa legislação*.⁴

Em verdade, a questão reside em saber se há ou não necessidade de observar o princípio da *simetria* no que toca ao quórum de aprovação da legislação urbanística. Deveras, a Constituição da República em nenhum momento estabelece a reserva qualificada de lei complementar para tratar do tema. Ao contrário, o art. 182, *caput*, da Constituição faz menção apenas à necessidade de *lei*, o que nos conduz à ideia de que seria bastante a edição de lei ordinária, sendo certo que as reservas de lei complementar devem vir sempre expressas no texto constitucional.

Diante disso, indaga-se: o quórum de maioria simples seria ou não vinculativo aos entes políticos menores, ante o que propugna o princípio da simetria? A questão é polêmica, porquanto uma adoção cega e automática dos padrões consagrados na Carta da República representa uma inegável – e despropositada – limitação à autonomia federativa dos entes menores.

O princípio da simetria foi consagrado inicialmente no art. 13, III, da Constituição de 1967 e determinava que o poder constituinte derivado decorrente observasse as

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. Ed. Malheiros. p.552.

normas sobre processo legislativo previstas na Constituição Federal. A despeito de a Constituição de 1988 não reproduzir norma de igual quilate, o Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes tem invocado o princípio da simetria para invalidar normas de Constituições estaduais que não observam os padrões federais.

A postura castrativa do STF é criticada por parcela da doutrina, que argumenta no sentido de que deveria haver uma maior liberdade de conformação pelos entes políticos dotados de autonomia federativa. É o pensamento, por exemplo, de Daniel Sarmento e Cláudio Brandão Pereira:

A exigência geral de simetria não se compatibiliza com o federalismo, que é um sistema que visa a promover o pluralismo nas formas de organização política. A regra geral não pode ser a exigência de reprodução dos modelos e arranjos previstos para a União, eis que incompatível com a autonomia dos entes federais, que envolve a sua prerrogativa de auto-organização. Adotar a simetria como regra geral é negar uma das mais importantes dimensões do federalismo, que envolve a ideia de “diversidade na unidade”. A regra geral deve ser a liberdade para que cada ente faça as suas escolhas institucionais, as quais, mesmo sem a exigência de simetria, já se encontram bastante limitadas por outras normas constitucionais que restringem o poder constituinte decorrente, como acima salientado. (*Direito Constitucional*. Ed. Fórum, 2012. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.)

Alinho-me ao entendimento que propugna uma maior liberdade de conformação aos entes políticos menores, tendo em vista a autonomia federativa de que gozam. Dessarte, parece-me que o *princípio da simetria* deva ser invocado tão somente no que concerne às regras da Constituição Federal que alberguem cláusulas afetas ao núcleo essencial do princípio da *separação dos poderes*.

Com isso em mente, parece-me que a estipulação na Lei Orgânica Municipal de um quórum qualificado de aprovação para a legislação urbanística em nada macularia o *núcleo essencial* do referido princípio. Dessa forma, mal não haverá se a Lei Orgânica Municipal estabelecer que a aprovação do Plano Diretor deve ser feita por lei complementar.

Todavia, em não havendo reserva de lei complementar estabelecida na Lei Orgânica, o Plano Diretor poderá ser editado por lei ordinária. Consequentemente, não haveria óbice, em tese, a que o Plano Diretor eventualmente instituído por lei complementar venha a ser alterado até mesmo por uma lei ordinária.

Isso porque, na linha da jurisprudência do Supremo, não existe hierarquia entre leis complementares e leis ordinárias, mas apenas reservas materiais de lei complementar. Dessa forma, quando não houver na Constituição uma reserva material de lei complementar, eventual lei complementar aprovada sobre o tema será apenas

formalmente complementar, o que significa dizer que poderá ser posteriormente alterada por lei ordinária. Neste sentido, ADI nº 4.071-AgR, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 22-4-2009, Plenário, DJE de 16-10-2009.

4. Do Princípio do Tecnicismo e da Necessidade de Elaboração de Estudos e Diagnósticos

Outra especificidade inerente ao plano diretor é o fato de compor-se por dados e informações de índole eminentemente técnica, dele fazendo parte, inclusive, mapas, gráficos ou tabelas numéricas. Esta particularidade revela a impropriedade do processo legislativo tradicional para a edição do plano diretor. Com efeito, vigora a ideia de que o planejamento urbanístico resulta de estudos técnicos, que devem ser elaborados por profissionais habilitados, a fim de que as medidas propostas guardem coerência com o diagnóstico realizado e com os resultados pretendidos⁵.

Em virtude das peculiaridades inerentes ao plano diretor, o processo de elaboração ostenta também aspectos distintivos. O plano diretor agasalha o planejamento urbano de médio e longo prazo do município e, como tal, trata-se de um processo decisório complexo, que envolve fases de coleta de dados, elaboração de diagnósticos, possíveis ações e comparação entre alternativas possíveis, monitoramento de execução etc.

A formulação do plano diretor é uma tarefa eminentemente complexa, multifacetada e pluridisciplinar, podendo-se falar da existência, inclusive, do *princípio do tecnicismo*. Acerca do mencionado princípio, discorre José dos Santos Carvalho Filho:

[i]mpõe o socorro dos governos aos recursos técnicos mais avançados para a elaboração do planejamento, sendo necessário o auxílio de especialistas multidisciplinares nas respectivas áreas a fim de que se observe a especificidade dos setores envolvidos e o tempo não torne defasados os métodos e os meios previstos no instrumento. Esse postulado, como é fácil observar, demonstra que o planejamento deve ter caráter dinâmico e flexível, adequando-se ao surgimento de novos recursos que podem tornar mais ágil e efetivo o processo. Avulta realçar também que, não dispondo o Município de técnicos para a confecção do plano diretor, poderá recrutá-los através de contrato administrativo de serviços técnicos especializados (art. 13, I, da Lei nº 8.666/93), após regular processo de licitação. Tratando-se de profissional de notória especialização, tal como definido no art. 25, §1º, da Lei nº 8.666/93, seria caso de inexigibilidade de licitação (art. 25, II, do mesmo diploma), podendo ser celebrada a contratação direta. (*Comentários ao Estatuto da Cidade*. p.268.)

⁵ PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico – plano diretor e direito de propriedade*. Editora RT. p.212.

Também explicitando a necessidade de especialização técnica dos responsáveis pela elaboração dos estudos e diagnósticos elementares à edição do plano diretor, assevera Hely Lopes Meirelles que:

A elaboração do plano diretor é tarefa de especialistas nos diversificados setores de sua abrangência, devendo por isso mesmo ser confiada a órgão técnico da Prefeitura ou contratada com profissionais de notória especialização na matéria, sempre sob a supervisão do prefeito, que transmitirá as aspirações dos munícipes quanto ao desenvolvimento do Município e indicará as prioridades das obras e serviços de maior urgência e utilidade para a população. As fases principais de elaboração do plano são três: coleta de dados, interpretação dos dados e fixação dos objetivos. Mas não bastará que se completem essas fases e se apresente o mais perfeito conjunto de elementos cartográficos, memoriais, especificações, normas técnicas, se não se converter todo esse instrumental em lei, para que se torne impositivo para a Administração e para os administrados. (*Direito Municipal Brasileiro*. Ed. Malheiros. p.551.)

Essa fase desenvolve-se em regra perante a Administração Pública. Trata-se, por assim dizer, da fase interna de elaboração do plano diretor. Esta fase pode ser executada diretamente pela própria Prefeitura, por meio dos servidores públicos municipais da área técnica, ou, ainda, pode ser delegada a particulares por meio de contratação de serviços especializados.

Até mesmo em razão desta característica é que parte da doutrina sustenta a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para a deflagração do processo legislativo de leis urbanísticas da natureza do Plano Diretor. Argumenta-se que o Poder Legislativo não teria um corpo de servidores suficientemente capacitados para a coleta de dados, diagnósticos e elaboração de um projeto dotado de tamanha especificidade. O ponto será melhor abordado a seguir.

Para alguns, a elaboração dos projetos e planos urbanísticos seria tarefa privativa de profissionais da arquitetura e do urbanismo. Com o intuito de regulamentar o exercício da Arquitetura e Urbanismo, a Lei nº 12.378/2010 arrola a elaboração do planejamento urbano, bem como do plano diretor, como atividade *privativa* de tais profissionais, veja-se:

Art. 2º As atividades e atribuições do arquiteto e urbanista consistem em:

(...)

Parágrafo único. As atividades de que trata este artigo aplicam-se aos seguintes campos de atuação no setor:

(...)

V – do Planejamento Urbano e Regional, planejamento físico-territorial, planos de intervenção no espaço urbano, metropolitano e regional, fundamentados nos sistemas de infraestrutura, saneamento básico e ambiental, sistema viário, sinalização, tráfego e trânsito urbano e rural, acessibilidade, gestão territorial e ambiental, parcelamento do solo, loteamento, desmembramento, remembramento, arruamento, planejamento urbano, *plano diretor*, traçado de cidades, desenho urbano, sistema viário, tráfego e trânsito urbano e rural, inventário urbano e regional, assentamentos humanos e requalificação em áreas urbanas e rurais;

(...)

No mesmo sentido, a RESOLUÇÃO Nº 51, DE 12 DE JULHO DE 2013 do Conselho de Arquitetura e Urbanismo – CAU, que dispõe sobre as áreas de atuação privativas dos arquitetos e urbanistas, arrola em seu art. 2º, V, a, como privativa destes profissionais a coordenação da equipe responsável pela elaboração do plano diretor:

Art. 2º No âmbito dos campos de atuação relacionados nos incisos deste artigo, em conformidade com o que dispõe o art. 3º da Lei nº 12.378, de 2010, ficam especificadas como privativas dos arquitetos e urbanistas as seguintes áreas de atuação:

(...)

V – DO PLANEJAMENTO URBANO E REGIONAL:

a) coordenação de equipe multidisciplinar de planejamento concernente a plano ou traçado de cidade, plano diretor, plano de requalificação urbana, plano setorial urbano, plano de intervenção local, plano de habitação de interesse social, plano de regularização fundiária e de elaboração de estudo de impacto de vizinhança;

(...)

Considerando tais normas, é salutar que os estudos levados a efeito para o fim da elaboração ou alteração do planejamento urbano, bem como o projeto a ser apresentado à Câmara Municipal, sejam coordenados, subscritos e aprovados por profissional devidamente habilitado.

A doutrina especializada assenta que o processo de elaboração do plano diretor deve perpassar pelas seguintes etapas: *estudos preliminares, diagnóstico, plano de diretrizes e instrumentação do plano*. Assim, de acordo com o escólio de José Afonso da Silva, a confecção/alteração do plano diretor deverá necessariamente observar o seguinte *iter* procedimental:

I – Estudos preliminares, que avaliam de forma sumária a situação e os problemas de desenvolvimento do Município e estabelecem as características e o nível de profundidade dos estudos subsequentes; estabelecem, assim, a política de planejamento municipal.

II – Diagnóstico, que pesquisa e analisa em profundidade os problemas de desenvolvimento selecionados na etapa anterior, identifica as variáveis que devem ser consideradas para as soluções desses problemas e prevê suas perspectivas de evolução.

III – Plano de diretrizes, que estabelece uma política para as soluções dos problemas escolhidos e fixa objetivos e diretrizes da organização territorial.

IV – Instrumentação do plano, que compreende a elaboração dos instrumentos de atuação, de acordo com as diretrizes estabelecidas, e identifica as medidas capazes de atingir os objetivos escolhidos.

(*Direito Urbanístico Brasileiro*. SILVA, José Afonso da. p.142.)

Como dito, a elaboração e aprovação de um plano diretor é processo decisório intrincado, que perpassa por uma série de etapas preparatórias, como a coleta de dados técnicos e fáticos, diagnóstico, planejamento de ações etc. Trata-se, portanto, de uma atividade de *planejamento*.

Outro ponto é que o plano diretor não poderá conflitar com os dados fáticos e estudos técnicos obtidos no procedimento prévio à sua edição. Assim, o planejamento urbanístico de médio e longo prazo, consubstanciado no projeto do Plano Diretor, num primeiro momento, consiste num conjunto de ações, relatórios, estudos, estratégias de natureza urbanística. Confeccionados e discutidos tais dados e elementos, incorporam-se os mesmos ao projeto de lei enviado à Câmara.

Registre-se, ademais, que os estudos urbanísticos devem ser globais, com vistas a um planejamento territorial coerente e adequado aos interesses públicos como um todo.

A despeito da especificidade e da tecnicidade que reveste a elaboração de um plano diretor, isso não quer significar a sua inalterabilidade. Ao contrário, a cidade deve ser entendida como um organismo vivo e complexo, em permanente modificação. Em virtude disto, o planejamento urbano deve seguir o mesmo rumo, constantemente se adaptando às novas demandas e realidades sociais. Neste sentido:

Um plano já em vigor pode ser alterado parcialmente, respeitado o mesmo processo de planejamento previsto para a elaboração do plano. A desvirtuação das normas de zoneamento, comum a praticamente todos os Municípios brasileiros, decorre do caráter pontual das alterações, mas sua completa falta de embasamento técnico. A mudança do plano diretor é uma decorrência normal do

processo de planejamento, em que tem de haver uma retroalimentação permanente a partir da realidade da cidade, que é dinâmica, mas é preciso que as alterações pontuais respeitem a coerência global do plano. (*Direito Urbanístico – plano diretor e direito de propriedade*. PINTO, Victor Carvalho. Ed. RT, 2014. p.216.)

No mesmo sentido, é a lição do mestre administrativista Hely Lopes Meirelles, em sua clássica obra sobre o Direito Municipal brasileiro:

O plano diretor deve ser uno e único, embora sucessivamente adaptado às novas exigências da comunidade e do progresso local, num processo perene de planejamento que realize sua adequação às necessidades da população, dentro das modernas técnicas da administração e dos recursos de cada Prefeitura. O plano diretor não é estativo; é dinâmico e evolutivo. Na fixação dos objetivos e na orientação do desenvolvimento do Município é a lei suprema e geral que estabelece as prioridades nas realizações do governo local, conduz e ordena o crescimento da cidade, disciplina e controla as atividades urbanas em benefício do bem-estar social. (*Direito Municipal Brasileiro*. 16ª edição. p.550.)

5. Da Iniciativa Legislativa para o Projeto de Alteração do Plano Diretor Municipal

Outro ponto que deverá ser observado, quando da alteração do Plano Diretor, é a iniciativa para a deflagração do processo legislativo. Muito embora a iniciativa para projetos de leis urbanísticas e para o Plano Diretor não esteja arrolada no art. 61 da Constituição Federal, a doutrina e a jurisprudência especializadas são, majoritariamente, no sentido de que cabe ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa privativa para a edição de projetos de lei sobre o tema.

Neste sentido, são as lições de José Afonso da Silva:

Entre os instrumentos que integram a elaboração do plano diretor encontra-se o projeto de lei a ser submetido à Câmara Municipal, para sua aprovação. A iniciativa dessa lei pertence ao Prefeito, sob cuja orientação se prepara o plano. (SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p.144.)

Em idêntico passo, são os ensinamentos de Victor Carvalho Pinto:

Embora a Constituição nada diga a respeito, a iniciativa do projeto de plano diretor pertence ao Executivo. Além de apresentar natureza

técnica, a elaboração do plano pressupõe a existência de um conjunto de informações necessárias ao diagnóstico que só podem ser coletadas pela prefeitura. (*Direito Urbanístico – Plano diretor e direito de propriedade*. PINTO, Victor Carvalho. Ed. RT, 2014. p.215.)

Divergindo dos entendimentos acima expostos, José dos Santos Carvalho Filho sustenta a inexistência de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, uma vez que as leis orgânicas devem guardar simetria com a Constituição Federal e que esta não contempla a iniciativa reservada do Chefe do Executivo, veja-se:

Quanto à iniciativa, embora omissa a lei a respeito, é de considerar-se que a iniciativa do projeto de lei de instituição do plano diretor é geral, isto é, o projeto pode ser deflagrado pelo prefeito, por qualquer vereador ou comissão da Câmara Municipal, ou através de iniciativa popular, como certamente estará previsto na lei orgânica. A razão consiste em que a lei orgânica deve observar os princípios das Constituições Federal e Estadual (art. 29, CF), e na Carta federal não foi contemplada para o chefe do Executivo iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que trate de matéria urbanística (art. 61, §1º, CF). (*Comentários ao Estatuto da Cidade*. Ed. Lumen Juris, 2009.)

Nada obstante tal entendimento, o mesmo autor acaba admitindo que, na prática, a confecção do projeto do plano diretor é reservada ao prefeito como Chefe do Poder Executivo Municipal pela razão de que se trata de atividade de caráter eminentemente administrativo.

Toshio Mukai, por sua vez, admite que a iniciativa legislativa é, a princípio, comum, podendo, porém, a Lei Orgânica Municipal dispor em sentido contrário, estabelecendo a iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo. Segundo o autor:

O processo legislativo de sua aprovação é, em princípio, o comum. De acordo com cada lei orgânica municipal, a iniciativa da apresentação do projeto de lei será privativa do Prefeito ou não. Se a LOM silenciar a respeito da iniciativa dos projetos de lei referentes ao plano diretor, poderá ser de iniciativa de vereador, se não implicar aumento de despesa. (MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade – Anotações à Lei nº 10.257, de 10-7-2001*. Ed. Saraiva, 2008.)

O raciocínio acima esposado vai ao encontro do que sustentamos acerca da existência de um espectro de liberdade de conformação no processo legislativo municipal. Quer dizer, na ausência de uma obrigatoriedade completa de reprodução

dos padrões legislativos consagrados na Constituição Federal, em tese, o ente político menor poderia consagrar, em sua Carta Política, regramento diferenciado.

A despeito da divergência doutrinária, prevalece, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o entendimento firme no sentido de que compete ao *Chefe do Poder Executivo* a iniciativa de projetos de lei em matéria urbanística. Neste sentido, foi declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 039/2006 do Município de São Gonçalo, que estabelece normas para regularização de loteamentos clandestinos e irregulares. Veja-se:

ÓRGÃO ESPECIAL

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE Nºs 11/2008 e 27/2008;

RELATOR: DES. SERGIO CAVALIERI FILHO

PROCESSO LEGISLATIVO. Iniciativa Privativa do Chefe do Poder Executivo. Vício de Iniciativa. Lei municipal que cria núcleo de Regularização de Loteamento, de iniciativa da Câmara Municipal, subtrai do Chefe do Poder Executivo a iniciativa de matéria de sua competência privativa na direção de sua Administração, pelo que contém vício de inconstitucionalidade formal pela afronta ao art. 112, §1º, II, b, da Constituição Estadual. Procedência da representação.

Portanto, é recomendável que eventual projeto de lei que vise a proceder à edição ou à alteração do Plano Diretor vigente deva ser deflagrado por iniciativa do Chefe do Poder Executivo, sob pena de configurar-se inconstitucionalidade por vício de ordem formal.

6. Da Imprescindível Participação Popular e Acompanhamento pelo Ministério Público

Outro requisito essencial à edição e à alteração do Plano Diretor consiste na participação popular efetiva. Com efeito, deve a Administração municipal promover a realização de consultas, de audiências públicas e de debates durante a fase de elaboração do plano, permitindo, com isso, a manifestação dos munícipes, bem como colhendo eventuais sugestões formuladas. Afinal, o projeto de plano em desenvolvimento destina-se a reger a realidade urbanística dos próprios cidadãos da cidade, sendo certo serem estes os maiores interessados na qualidade do projeto.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, ao dispor sobre o tema, estabelece ser garantida a participação popular nas fases de elaboração e implementação do plano diretor através de entidades representativas, *verbis*:

Art. 231 – O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para as áreas urbanas de mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§1º – O plano diretor é parte integrante de um processo contínuo de planejamento a ser conduzido pelos municípios, abrangendo a totalidade dos respectivos territórios e contendo diretrizes de uso e ocupação do solo, vocação das áreas rurais, defesa dos mananciais e demais recursos naturais, vias de circulação integradas, zoneamento, índices urbanísticos, áreas de interesse especial e social, diretrizes econômico-financeiras e administrativas.

§2º – É atribuição exclusiva dos municípios, a elaboração do plano diretor e a condução de sua posterior implementação.

§3º – As intervenções de órgãos federais, estaduais e municipais deverão estar de acordo com as diretrizes definidas pelo plano diretor.

§4º – É garantida a participação popular, através de entidades representativas, nas fases de elaboração e *implementação do plano diretor, em conselhos municipais a serem definidos em lei.*

(...)

Art. 234 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

III – participação ativa das entidades representativas no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes;

(...)

Art. 236 – A lei municipal, *na elaboração de cujo projeto as entidades representativas locais participarem*, disporá sobre o zoneamento, o parcelamento do solo, seu uso e sua ocupação, as construções e edificações, a proteção ao meio ambiente, o licenciamento a fiscalização e os parâmetros urbanísticos básicos objeto do plano diretor.

(...)

Art. 359 – Na elaboração e na execução da política de desenvolvimento urbano e seus instrumentos legais, o Município observará o disposto nos artigos 182 e 183, da Constituição da República, *de modo a promover e assegurar a gestão democrática e participativa da cidade e condições de vida urbana digna.*

Em sede federal, o tema foi objeto de regulamentação por meio da Lei nº 10.257/01, que contempla regras do processo de elaboração dos Planos Diretores. Com efeito, o art. 40, §4º, do Estatuto da Cidade determina a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas no processo de elaboração do Plano Diretor:

Art. 40. (...)

§4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Os requisitos mencionados no dispositivo, em verdade, nada mais são do que concreções que podem ser extraídas diretamente do *princípio democrático e da democracia participativa* (art. 1º, parágrafo único, CR).

Mencionem-se os seguintes precedentes do órgão especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos quais foi declarada a *inconstitucionalidade* de leis municipais, por inobservância de tal requisito:

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE nº 0048023-55.2012.8.19.0000

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 528/2001 DO MUNICÍPIO DE SAQUAREMA, QUE "ALTERA A SEÇÃO III, DO CAPÍTULO III, DA LEI Nº 20/79, DE PARCELAMENTO DO SOLO DESTA MUNICÍPIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL VERIFICADA. NORMA ORIUNDA DO PODER LEGISLATIVO. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR, CONSUBSTANCIADA EM AUDIÊNCIAS PÚBLICAS. AUSÊNCIA DE ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL. REPRESENTAÇÃO ACOLHIDA.

ÓRGÃO ESPECIAL

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0005052-21.2013.8.19.0000

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 114/2011 DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PLANEJAMENTO, DEMARCAÇÃO, OCUPAÇÃO E USO DO SOLO URBANO. PENHA, PENHA CIRCULAR E BRÁS DE PINA. FALTA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR E/OU DE ENTIDADES REPRESENTATIVAS. GABARITO DIFERENCIADO PARA DETERMINADA ÁREA. OFENSA AOS ARTIGOS 9º, 77, 234, 236 E 359 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

Lei que Estabelece as condições de uso e ocupação do solo para área que compreende os Bairros da Penha, Penha Circular e Brás de Pina, da XI Região Administrativa – Penha. Rechaçada a inobservância do artigo 231, §4º, da Carta Estadual. Eventual inconstitucionalidade de dispositivo legal municipal em face daquela norma constitucional tem que estar atrelada, inevitavelmente, à criação ou modificação do Plano Diretor. *Cumpra ao Município assegurar participação ativa das entidades representativas no estudo, encaminhamento e resolução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes, na esteira do conteúdo expresso do artigo 234, III, da CERJ.* Tal participação não foi assegurada, ou pelo menos dos autos nada se extrai nesse sentido. No mesmo tom, o zoneamento, o parcelamento do solo, seu uso e sua ocupação, as construções e edificações, a proteção ao meio ambiente, o licenciamento a fiscalização e os parâmetros urbanísticos básicos objeto do plano diretor serão regulados por lei municipal, na elaboração de cujo projeto as entidades representativas locais participarão. Redação expressa do artigo 236 da CERJ. Não exsurge dos autos evidência de qualquer participação ativa de entidades representativas da população afetada pela norma debatida, ou do Município do Rio de Janeiro. Quanto ao artigo 359, igualmente, e por desdobramento das violações reconhecidas acima, também se vislumbra sua inobservância pela lei complementar, na medida em que a edição da espécie normativa, ainda que por iniciativa do Executivo e com aprovação pelo Legislativo, não se prestou à realização de efetiva gestão democrática e participativa da cidade. Não socorre o município o argumento de que os legisladores, assim como o Prefeito, são agentes políticos eleitos pelo povo, detendo assim em todos os seus atos presunção absoluta de representatividade popular. Muito embora essa seja a regra, os textos constitucionais preveem hipóteses excepcionais que desafiam maior grau de participação democrática direta, como a ora tratada. O artigo 14-A da lei autoriza a construção de prédios de até 39 metros para determinada área dentro do espaço urbano, sendo que o gabarito para as demais áreas é de 27 metros. A estipulação de

gabarito superior para determinada circunscrição territorial, em detrimento das demais, dentro do plano de demarcação e ocupação do solo urbano, sem absolutamente qualquer justificativa ocasional inconstitucionalidade, por inobservância dos artigos 9º e 77 da CERJ. Declaração da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 114/2011 do Município do Rio de Janeiro.

O Estatuto da Metrópole – Lei nº 13.089/15 –, em seu art. 12, §2º, ao regulamentar o processo de elaboração e fiscalização do Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado – PDUI, consagra igualmente a necessidade de participação popular, por meio de audiências públicas e debates com a sociedade civil e a população, além da ampla publicidade.

O referido diploma, todavia, foi além, consagrando expressamente a necessidade de *acompanhamento pelo Ministério Público* (art. 12, §2º, III, da Lei nº 13.089/15). Ou seja, de acordo com o referido dispositivo, o processo de *elaboração e fiscalização* da aplicação do plano de desenvolvimento urbano integrado deverá ser *acompanhado* pelo Ministério Público, veja-se:

§2º No processo de elaboração do plano previsto no *caput* deste artigo e na fiscalização de sua aplicação, serão assegurados:

- I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação de representantes da sociedade civil e da população, em todos os Municípios integrantes da unidade territorial urbana;
- II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; e
- III – o acompanhamento pelo Ministério Público.

A despeito de o dispositivo referir-se à elaboração do plano de desenvolvimento urbano integrado da região metropolitana – PDUI, é inegável a similitude guardada com relação ao plano diretor, razão por que não seria despropositado argumentar que também a elaboração do plano diretor deve ser acompanhada pelo Ministério Público.

Com efeito, a própria doutrina especializada se encarrega de traçar um paralelo entre os planos:

Em tese, pode-se dizer que tal plano de desenvolvimento é o instrumento primordial da unidade administrativa intergovernamental, no que tange o planejamento de suas políticas integracionistas. Nele, devem ser delimitados os objetos, metas e estruturas urbanísticas, bem como a organização geral dos serviços públicos de interesse da

região, a serem direcionados para o seu território. Considera-se como sendo uma espécie de plano diretor metropolitano. (...) Talvez não tenha sido essa a nomenclatura escolhida pelo legislador em razão de, legalmente, não existir metrópole nos aglomerados urbanos ou microrregiões. Isso tecnicamente traria uma incompatibilidade, quando esse tipo de plano fosse aplicado nessas unidades. Haveria um plano diretor metropolitano onde não existe metrópole. Daí, a opção do legislador em adotar a expressão que está na lei. (*Regiões Metropolitanas*. CORDEIRO, Glauber de Lucena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.161.)

É certo que o ordenamento jurídico pátrio consagra uma série de diplomas normativos voltados ao *planejamento do desenvolvimento urbano*. É o caso da Lei nº 10.257/01 – Estatuto da Cidade –, da Lei nº 12.587/12 – Política Nacional de Mobilidade Urbana – e da Lei nº 13.089/15 – Estatuto da Metrópole. Apesar dos escopos distintos de aplicação, todos estes diplomas encontram fundamento de validade no art. 182 da Constituição e visam a, em última análise, estabelecer normas gerais para o *planejamento urbano* adequado.

Corroborando o raciocínio acima esposado o fato de que os planos mencionados em cada uma das legislações deverão estar compatibilizados e integrados entre si. Nos termos do art. 10, §3º, do Estatuto da Metrópole, nas regiões metropolitanas e nas aglomerações urbanas instituídas mediante lei complementar estadual, o Município deverá compatibilizar seu plano diretor com o plano de desenvolvimento urbano integrado da unidade territorial urbana. De outra parte, o art. 24 da Lei nº 12.587 estabelece, em seu §3º, que o Plano de Mobilidade Urbana deverá ser compatibilizado com o plano diretor municipal, existente ou em elaboração.

Ao mencionarem a necessidade de integração e compatibilização entre os diferentes documentos de planejamento urbano, os dispositivos legais reforçam a ideia de que há um indissociável entrelaçamento entre os planos, a evidenciar com cores ainda mais fortes a existência do propalado microsistema.

Assim, tendo em vista a similitude entre os objetivos gerais das normas, possível inclusive falar na existência de um *microsistema de planejamento urbano*, o que nos autoriza a concluir pela possibilidade de um *diálogo de fontes* entre tais diplomas. Portanto, defendemos a possibilidade da aplicação *subsidiária e intercambiante* entre a legislação de normas gerais sobre o planejamento urbano.

Nesse passo, em razão da natural similitude existente entre o plano diretor e o plano de desenvolvimento urbano integrado, defensável a tese de que também, no processo de elaboração do plano diretor municipal, deva haver o *acompanhamento* pelo Ministério Público.

Questão que despertará debates será definir a amplitude deste *acompanhamento* consagrado pela lei. A vagueza do dispositivo abre espaço para as mais díspares interpretações, sendo admissível, em tese, até mesmo cogitar que o acompanhamento pelo

Parquet teria sido elevado à condição de validade do processo de elaboração dos planos. De outra parte, poder-se-ia indagar se este poder-dever de acompanhamento agasalharia uma prerrogativa de efetiva *participação*, ou seja, se o Ministério Público poderia ser considerado mais um participante na seara deliberativa do planejamento municipal e regional.

A questão ainda é incipiente e decerto ensejará discussões. Todavia, parece-me certo que, se interpretarmos a expressão *acompanhamento* ao pé da letra, teremos de concluir que a previsão do art. 12, §2º, III, do Estatuto da Metrópole consagra norma meramente *declaratória*, já que é indene de dúvidas a possibilidade de monitoramento e fiscalização, pelo *Parquet*, de quaisquer ações e projetos desenvolvidos pelo Poder Público, com base no art. 129, III, da Constituição.

Longe de pretender erigir o acompanhamento do *Parquet* a algo semelhante a uma iniciativa conjunta na elaboração do dito projeto de lei, parece-me, porém, que o mencionado acompanhamento não deve restringir-se ao mero monitoramento/fiscalização, que hoje já é mais do que habitual em face de projetos desta natureza. Com efeito, muito dificilmente um projeto de tal magnitude existirá sem que haja um correlato inquérito civil instaurado no âmbito do Ministério Público, no bojo do qual serão determinadas inúmeras diligências tendentes a “acompanhar” o processo.

Assim, de modo a que não consagremos uma interpretação natimorta do dispositivo, mas sem chegar ao ponto de conferir a *concordância* do MP à natureza de requisito de validade do projeto, parece-me que as opiniões manifestadas pelo *Parquet* deverão, no mínimo, ser *recebidas*, *consideradas* e *respondidas* no decorrer do procedimento. Noutros termos, assim como as opiniões obtidas nas consultas e audiências públicas não são vinculativas ao poder público, mas devem ser rebatidas motivada e publicamente, também as considerações formuladas pelo *Parquet* deverão ser, motivada e publicamente, respondidas pelo poder público.

Não é demais lembrar que o Ministério Público representa importante instrumento de *accountability* horizontal num contexto de democracia monitoria ou monitorada⁶. Assim, em última análise, a vigilância (*watchdog*) e o controle institucionalizado, levados a efeito pelo Ministério Público, funcionam como fator de impulso e resguardo da legitimidade das escolhas políticas estatais, bem como de estímulo a práticas responsivas.

Dessa forma, a participação do Ministério Público, em última análise, assoma-se à participação popular, a fim de conferir legitimidade democrática ao projeto. Não custa

⁶ “Nesse contexto, o que importa destacar, objetivamente, é que as democracias representativas contemporâneas já não podem mais ser caracterizadas de maneira tão elementar, com ênfase tão somente no procedimento de legitimação da autoridade baseado em eleições livres, idôneas e institucionalizadas, aliadas a determinadas liberdades públicas básicas. Essas democracias foram substancialmente alteradas com a introdução de um vetor extremamente significativo que operou uma verdadeira revolução naquilo que se concebe, atualmente, como democracia. Surge, então, uma nova categoria para classificar essa etapa do desenvolvimento democrático, em que se agrega às eleições — controle episódico sobre o exercício do poder político — o escrutínio público permanente e pulverizado por entre inúmeras e várias instâncias: trata-se da denominada democracia monitoria”. (WILLEMANN, Marianna Montebello. *Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada...* <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/10649/9643>)

lembrar que, na forma do art. 127 da Constituição, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Portanto, trata-se de interpretação que compatibiliza o papel do Ministério Público no processo com a necessidade de conferir algum sentido concreto à disposição do art. 12, §2º, III, da referida Lei.

Feito este breve parêntese, destaque-se que é durante o processo de elaboração do projeto de Plano Diretor, ainda na senda do poder executivo municipal, que devem ser promovidas as audiências públicas, consultas e debates com a participação da população e das associações representativas dos vários segmentos da comunidade (associações de bairros etc.). Deve ser oportunizada, também, a participação dos Conselhos Municipais de Política Urbana, mediante deliberação e apresentação de propostas.

Portanto, de maneira a assegurar a validade da edição/alteração do Plano Diretor, bem como dos demais diplomas de planejamento urbano, mister se faz assegurar a efetiva participação popular, publicidade, bem como o acompanhamento do Ministério Público ao longo do processo.

7. Da (Im)Possibilidade de Emendas Parlamentares ao Projeto de Lei de Alteração do Plano Diretor

Outro ponto que suscita controvérsia reside em saber se pode ou não a Câmara Municipal apresentar emendas parlamentares ao projeto de plano urbanístico submetido à Casa para votação. Neste ponto, parte da doutrina entende pela possibilidade de apresentação de emendas parlamentares, uma vez que cabe aos Vereadores a tarefa de aperfeiçoar o projeto, uma vez detectadas fragilidades no mesmo. Encampando tal posicionamento, mencione-se o entendimento de José Afonso da Silva:

Não há proibição de emendas. (...) Se o plano deixar algo a desejar, importa aos Vereadores procurar seu aperfeiçoamento, antes de sacrificá-lo de vez. Aperfeiçoar projetos é missão do legislador, mormente quando contém instrumento tão importante para o crescimento e desenvolvimento ordenado da comunidade. (...) Por outro lado, devem ser evitadas emendas que o desfigurem, lhe quebrem a coerência ou tornem inexequível, ou de mera satisfação de interesse individual ou em detrimento do interesse público. (*Direito Urbanístico Brasileiro*. Ed. Malheiros. 7ª edição, 2015. p.145.)

Em idêntico sentido são os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, ao entender pela possibilidade de serem apresentadas emendas parlamentares aos projetos de lei de edição do plano diretor:

O receio de permitir alterações na lei urbanística pelo processo normal de emendas (o receio é em parte compreensível) decorre da frequente instabilidade dos membros das Câmaras Municipais, cuja mudança de humores poderia provocar gravames ao sistema urbanístico da cidade. O fato, entretanto, não tem o condão de legitimar processo legislativo diverso do traçado na Constituição Federal, já que é esta que apresenta o modelo para os entes federativos. O que precisa mudar, isto sim, é a mentalidade de certos vereadores, de modo que os que sucedem não apaguem ou mutilem simplesmente as obras legislativas dos antecessores. Rediscutir, reapreciar, aperfeiçoar e avançar são tarefas próprias dos novos vereadores em sua normal função legislativa, mas isso não lhes confere o direito de transformar em pó as leis anteriormente aprovadas, sobretudo quando têm em mira a defesa de interesses meramente partidários ou pessoais, fato que representaria inegável traição à confiança dos eleitores. (*Comentários ao Estatuto da Cidade*. Ed. Lumen Juris, 2009. p.278.)

Todavia, registre-se entendimento diametralmente oposto, encampado por Victor Carvalho Pinto, no sentido de que o projeto encaminhado pelo poder Executivo terá que ser aceito ou rejeitado e não pode ser alterado pelo Legislativo⁷. Segundo o autor, a possibilidade de emendas parlamentares contrariaria todo o processo de planejamento necessário à edição do plano. Assim, em sendo necessária alguma reformulação do projeto, necessária seria a elaboração de um novo projeto pelo poder executivo por meio de profissional devidamente habilitado.

O entendimento supracitado foi encampado em precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, veja-se:

EMENTA

Ação direta de inconstitucionalidade – Lei Complementar nº 35/10.10.2006 do Município de Lençóis Paulista, que dispõe sobre o “Plano Diretor Participativo, as ações estratégicas, o sistema e o processo de planejamento e gestão do desenvolvimento urbano do município de Lençóis Paulista, e dá outras providências” sustentada inconstitucionalidade de trecho do inciso II, do art. 17, e do inciso X, do art. 35, mantidos e promulgados pelo Presidente da Câmara Municipal após rejeição dos vetos apostos pelo alcaide às emendas legislativas nºs 5 e 10, que os acrescentava – depois de ouvir e debater com a população e com as associações representativas dos vários segmentos da comunidade, quem elabora o Plano Diretor e detém iniciativa de em lei transformá-lo, como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, é o Chefe do Poder Executivo

⁷ *Direito Urbanístico* – plano diretor e direito de propriedade. Ed. RT. 4ª edição, 2014. p.215.

Municipal, pois dito plano, nos expressos termos do §1º do art. 40 da Lei nº 10.257/10.07.2001 (Estatuto da Cidade) é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas. À Câmara Municipal, por conseguinte, cabe aprová-lo, como expressa literalmente o §1º do art. 182 da Constituição Federal, sem poder via emendas modificá-lo, ainda mais se desse processo alijou o povo e o direito que este tem de influenciá-lo – *violação aos artigos 4º, 5º, 37, 47, II e XIV, 144, 180, caput e II, e 181 da Constituição Estadual* – ação procedente. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 142.426-0/0-00*. Relator: Paulo Bisson, 06 de junho de 2007).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2126286-04.2014.8.26.0000

COMARCA: SÃO PAULO

AUTOR: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA

RÉU: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CARAGUATATUBA

VOTO Nº 28.349

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 334 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 42, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2011, DO MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA, QUE INSTITUIU O PLANO DIRETOR. DIPLOMA QUE ESTABELECE DIRETRIZES E NORMAS RELATIVAS AO DESENVOLVIMENTO URBANO LOCAL. DISPOSITIVO IMPUGNADO INSERIDO NO RESPECTIVO PROJETO DE LEI ATRAVÉS DE EMENDA ADITIVA PARLAMENTAR NÃO SUBMETIDA À APRECIÇÃO POPULAR E SEM APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVA TÉCNICA. CONTRASTE AOS ARTIGOS 180, INCISO II, E 191 DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE. TEMA, ADEMAIS, OBJETO DE AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ANTERIOR, ONDE RECONHECIDO O VÍCIO FORMAL DE VÁRIOS DISPOSITIVOS DA LEI COMPLEMENTAR EM QUESTÃO, PELO MESMO FUNDAMENTO. PRETENSÃO PROCEDENTE.

A ideia por detrás dos precedentes é a de que a apresentação de emendas no Plenário da Câmara impede sejam as mesmas previamente submetidas à participação popular. Ademais disso, não são as emendas parlamentares submetidas ao mesmo procedimento de elaboração técnica e aprovação verificado em relação ao projeto de lei elaborado pelo Executivo.

8. Conclusão

O presente artigo buscou traçar linhas básicas e gerais sobre o processo de edição e alteração de um Plano Diretor. O tema, apesar de pouco explorado na doutrina, é de suma importância e atinge diretamente a todos nós, moradores das cidades. Vale lembrar que o ideal de um Município organizado e socialmente equilibrado se inicia pela atividade de planejamento. Dessa forma, providencial que sejam envidados esforços, a fim de que sejam acompanhadas e fiscalizadas as atividades dos Municípios, de modo que possamos colher o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, tal qual propugna a Constituição.

Referências

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Ed. Lumen Juris, 2009.
- CORDEIRO, Glauber de Lucena. *Regiões Metropolitanas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.161.
- MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade - Anotações à Lei nº 10.257, de 10-7-2001*. Ed. Saraiva, 2008.
- PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico – plano diretor e direito de propriedade*. 4ª edição. Ed. RT, 2014. p.215.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional*. Ed. Fórum, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Municipal Brasileiro*. Editora RT, 2010. p.550.
- WILLEMANN, Marianna Montebello. *Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada...* Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/10649/9643>.



Direito à cidade e mobilidade urbana: reinventando o modal bicicleta

Fabiana de Alcantara Pacheco Coelho*

Sumário

1. Introdução. 2. A mobilidade urbana eficiente como espécie do direito à cidade. 3. O arcabouço jurídico-normativo do direito à mobilidade urbana no Brasil. 4. Movimentos civis e luta por uma mobilidade urbana eficiente nas últimas décadas. 5. Contextualização histórica da bicicleta e seu progressivo reconhecimento como modal de transporte. 6. A bicicleta e sua importância para a qualidade de vida e para a economia em geral no Brasil. 7. Conclusão. Referências.

Resumo

Este trabalho tem por propósito pesquisar a mobilidade urbana brasileira, com enfoque no modal bicicleta. A mobilidade urbana é uma subespécie do direito à cidade, que pode ser definido como o aproveitamento equitativo dos recursos materiais e imateriais oferecidos pela cidade, norteado por princípios de sustentabilidade, democracia, solidariedade e justiça social. Na cidade forjada pelo capitalismo, especialmente nos países periféricos latino-americanos, a mobilidade urbana apresenta-se segregadora, estabelecida sob um aparato socioeconômico de profunda concentração de renda e exclusão social, em que aqueles que convivem perto das centralidades têm melhor acesso a diversos modais de transporte, enquanto os que vivem na periferia sofrem diariamente o peso da segregação em seu processo de mobilidade. Analisaremos os motivos que levaram o processo de estigmatização da bicicleta e o atual processo de desestigmatização, sob o enfoque de conceitos como cidadania, movimentos civis, revisões de paradigmas socioeconômicos e de tratamento do meio ambiente.

Abstract

This article has the purpose of researching the Brazilian urban mobility, focusing on the modal bicycle. Urban mobility is a subspecies of the right to the city, which can be defined as the equitable use of the material and immaterial resources offered by the city, guided by principles of sustainability, democracy, solidarity and social justice. In the city forged by capitalism, especially in Latin American peripheral countries, however, urban mobility is

* Mestre em Direito Público e Evolução Social na Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Direito e Letras (Português-Inglês). Servidora do Ministério Público do Rio de Janeiro.

segregating, established under a socioeconomic apparatus with a deep concentration of income and social exclusion, in which those who live close to the centralities have better access to transport modes, while those living on the periphery suffer daily the burden of segregation in their mobility process. We will study the reasons that led the process of stigmatization of the bicycle and the current destigmatization process, under the focus of concepts such as citizenship, civil movements, revisions of socioeconomic paradigms and treatment of the environment.

Palavras-chave: Direito à cidade. Mobilidade urbana. Modal de transporte. Bicicleta. Políticas Públicas. Financeirização da moradia.

1. Introdução

Neste artigo teremos a mobilidade urbana eficiente como tema, enfocando o uso do modal bicicleta. A mobilidade urbana é uma subespécie do direito à cidade e, para sua melhor compreensão, devemos primeiro, então, abordar então o que é este último direito.

Na Carta Mundial pelo Direito à Cidade de 2006¹, que é um documento produzido a partir do Fórum Social Mundial Policêntrico sediado em Quito, este direito é definido como o “usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social”.

E assim continua o referido documento:

[é] um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que lhes confere legitimidade de ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito à livre autodeterminação e a um padrão de vida adequado.

A expressão “direito à cidade”, com a configuração próxima a que temos hoje, foi inicialmente apresentada na obra *Le Droit a la Ville* (1968), em que o filósofo e sociólogo francês Henri Lefebvre contesta a visão determinista e metafísica do urbanismo modernista, recusando-se a aceitar a visão de que os problemas da sociedade estariam adstritos a questões espaciais e ou meramente arquitetônicas.

Para Lefebvre e Harvey, o espaço urbano é produzido pelo social, assim como o indivíduo é reformulado subjetivamente por esse mesmo espaço num constante processo de trocas. Na perspectiva desse direito, o ser humano, reificado pelas forças econômicas sob o comando do aparato estatal, deve reassumir seu papel de sujeito

¹ Disponível em: < <http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2019.

e retomar os espaços e funcionalidade urbanos que lhe pertencem, atingindo assim, na verdade, o resgate de sua própria natureza humana, relacional por essência.

A cidade existe por causa do homem e para o homem e não este para servir como vassalo à estruturação cruel e fria tal como se tem apresentado em geral por todo o mundo.

Contrariamente a este desiderato, a configuração da maioria das cidades, especialmente as de países periféricos latino-americanos como o Brasil, está estabelecida sobre um aparato socioeconômico de profunda concentração de renda e exclusão social, em que o espaço urbano e seus atributos são apenas usufruídos por parcela muito pequena da sociedade, enquanto milhares de pessoas sofrem as consequências da depredação do meio ambiente, segregação socioespacial e ausência de acesso aos equipamentos públicos.

A progressiva financeirização da moradia contribui em muito para essa configuração excludente da cidade e pode ser definida como o fenômeno em que a escassez de recursos para as melhorias em infraestrutura urbana e a ânsia por lucro do setor financeiro acabam por se sobrepor aos interesses sociais no que diz respeito ao acesso a bens públicos e alcance de direitos sociais fundamentais.

Num cenário deste tipo, a cidade nem de longe é equitativa, pois a terra, principalmente a que está atendida por equipamentos públicos, é cara e inacessível à maior parte da população. Nessa dinâmica, a cidade não é mais um direito e sim mais uma mercadoria.

A luta por revisão desses padrões segregacionistas, por todo o mundo, tem sido uma constante², pois, numa cidade equitativa e justa, as pessoas e seus pertences locomovem-se e são transportadas com fluidez, sem maiores embarços de quaisquer origens para que se reconheçam como usufruidores das benesses geradas pela construção cidadina, sejam elas materiais ou imateriais.

Com uma altíssima taxa de urbanização que alcança o patamar de 84,36% atualmente, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil apresenta grandes problemas de mobilidade urbana, que pode ser definida como a condição em que se realizam os deslocamentos das pessoas e cargas no espaço urbano, de acordo com o art. 4º, inciso II, da Lei nº 12587/2012³.

Vários outros fatores levam a essa mobilidade urbana ineficiente. Podemos citar a má qualidade do transporte público no Brasil, um estímulo desde a década de cinquenta a uma cultura eminentemente rodoviarista, inclusive com redução de impostos do Governo Federal para incentivar a compra de automóveis, a concessão exacerbada de crédito ao consumidor para compra de automóveis e a falta de planejamento urbano e arquitetônico.

² Protesto no Brasil em 2013, denominado por Manifestações dos 20 centavos ou Jornada de junho de 2013.

³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12587.htm>. Acesso em: 12 out. 2019.

Neste panorama, um modal bastante já utilizado em cidades com menos de 60.000 habitantes, em que a prestação de serviço público de transporte coletivo é geralmente mais crítica, vem progressivamente sendo reconhecido nas políticas públicas de mobilidade urbana por todo o país: a bicicleta.

Diante da ideia de que os meios de transportes mais modernos como automóveis, caminhões e metrô, altamente poluentes, resolveriam os problemas de mobilidade urbana, por um longo período acreditou-se, conforme consignado pela Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes (GEIPOT) em seu Manual de Planejamento Cicloviário (2001, p. 3), que a bicicleta era uma “tecnologia ultrapassada e fadada ao completo desaparecimento”, o que, na verdade, revelou-se uma afirmação falaciosa diante das crises energéticas, da revisão de parâmetros de proteção ao meio ambiente e de paradigmas sociais.

De fato, movimentos de luta pela inclusão da bicicleta no cotidiano e seu reconhecimento como modal de transporte, crises energéticas que buscaram modais menos poluentes como o Primeiro Choque do Petróleo ocorrido em 1973 e o acolhimento de uma visão multidisciplinar sobre a mobilidade urbana acabaram por se refletir nas políticas públicas, que passaram a incluir o modal na política urbana de planejamento de municípios, estados e União.

Apesar de progressivamente o quadro de uso da bicicleta nas cidades brasileiras estar aumentando, diversos empecilhos ainda se apresentam, tais como a falta de reconhecimento e respeito ao modal por parte de grande parcela de habitantes, ausência de infraestrutura satisfatória para o uso do veículo com diminuição de riscos aos ciclistas e demais munícipes, ausência de integração entre modais e o resquício de uma estigmatização da bicicleta como transporte de usuários “excluídos sociais” e, portanto, desmerecedores de respeito e atenção.

2. A mobilidade urbana eficiente como espécie do direito à cidade

Para tratarmos de mobilidade urbana, devemos inicialmente tratar do direito à cidade, que não nasceu como direito, mas como movimento de luta da sociedade civil por melhores condições de vida no espaço urbano, espaço de concretização de embates sociais e de exercício de cidadania, ou seja, nasce como fenômeno sociológico.

As pautas desses movimentos sociais incluem o repúdio à depredação ambiental, à aceitação de que pessoas não tivessem acesso à moradia (os sem-teto), à exclusão de indivíduos de suas localidades por implementação de processos de gentrificação, ao desalojamento indevido de moradores por causa da financeirização da moradia sob o comando do Estado, à exclusão social dos menos favorecidos socialmente como pessoas de diferentes etnias, mulheres, crianças, idosos, por exemplo.

Bello e Ribeiro (2018) sustentam que, muito antes da Constituição da República Federativa de 1988 dispôr sobre as cidades em breve capítulo sobre a Política Urbana

(arts. 182 e 183) e ainda de forma esparsa pelo texto constitucional⁴, já havia uma série de lutas civis pelo reconhecimento de uma vida digna na cidade por todo o mundo.

Para exemplificar estes movimentos sociais, podemos citar os *Écologistes*, movimento de ação radical francês que se dedicava aos embates por modo de vida urbano ecologicamente mais aceitável na década de 1970, movimentos revolucionários em Oaxaca, no México, em Cochabamba (2000 e 2007), em El Alto, Bolívia (2003 e 2005), a mobilização popular corporificada no Fórum Nacional pela Reforma Urbana (FNRU) nas décadas de 1980 e 1990, no Brasil, que culminou com a promulgação do Estatuto da Cidade em 2001 e o Fórum Social dos Estados Unidos, em junho de 2007, em Atlanta, movimento social que criou uma Aliança pelo Direito à Cidade com atuação em cidades como Nova Iorque e Los Angeles.

De movimento de trabalhadores fabris revolucionários desejosos de mudança, o processo de crescente urbanização mundial muda paulatinamente o *locus* de onde provêm os embates e anseios: a cidade e seus excluídos sociais, os trabalhadores urbanos, aqueles que não querem se adequar às condições de vida degradantes que os processos econômicos hegemônicos lhes tentam impor.

A expressão "direito à cidade", com a configuração próxima à que temos hoje, foi inicialmente apresentada na obra *Le Droit à la Ville* (O Direito à Cidade, 1968), em que o filósofo e sociólogo francês Henri Lefebvre contesta a visão determinista e metafísica do urbanismo modernista, recusando-se a aceitar a visão de que os problemas da sociedade estariam adstritos a questões espaciais e/ou meramente arquitetônicas.

A progressiva financeirização da moradia contribui em muito para essa configuração excludente da cidade e pode ser definida como o fenômeno em que a escassez de recursos para as melhorias em infraestrutura urbana e a ânsia por lucro do setor financeiro acabam por se sobrepor aos interesses sociais no que diz respeito ao acesso a bens públicos e alcance de direitos sociais fundamentais.

Num cenário deste tipo, a cidade nem de longe é equitativa, pois a terra, principalmente a que está atendida por equipamentos públicos, é cara e inacessível à maior parte da população.

A cidade, então, não é mais um direito e sim mais uma mercadoria. O cidadão passa a ser consumidor e, como sabemos, nem todos os consumidores têm acesso a todos os direitos sociais, também transformados em *commodities*: saúde, educação, mobilidade urbana, lazer, acesso a equipamentos públicos.

De acordo com Harvey (2014), o direito à cidade, de onde deflui o direito à mobilidade urbana, é um direito humano, subjugado por uma lógica de mercado liberal, em que o direito à propriedade privada e taxas de lucro estratosféricas suplantam o real acesso àquele direito, relegando a cidade e o bem-estar que ela possa oferecer a somente uns pouquíssimos detentores de capital.

Nas palavras do precitado geógrafo e antropólogo (2014, p. 81):

⁴ Conforme o artigo 6º, *caput*; artigo 25, §3º; artigo 144, §10, I; e art.156, I.

[...] A qualidade de vida urbana tornou-se uma mercadoria, assim como a própria cidade, num mundo em que o consumismo, o turismo e a indústria da cultura e do conhecimento se tornaram os principais aspectos da economia política urbana. A tendência pós-moderna de encorajar a formação de nichos de mercado – tanto hábitos de consumo quanto formas culturais – envolve a experiência urbana contemporânea com uma aura de liberdade de escolha, desde que se tenha dinheiro.

A própria configuração tomada pela cidade advém da utilização do produto excedente, o que a torna um *locus* ontologicamente de luta de classes, criando um laço inegável entre o desenvolvimento do sistema capitalista e o próprio processo de urbanização.

Neste cenário, surgem processos de gentrificação, financeirização da moradia e grande especulação imobiliária, em que os economicamente excluídos são obrigados a cada vez mais viver em bairros periféricos e não nas centralidades, o que acaba por impactar enormemente na mobilidade urbana, que também se elitiza e oprime os desprovidos de posses.

Sob a perspectiva do direito à cidade, desejamos exercer um poder coletivo sobre o processo de urbanização, inicialmente calcado na noção individualista da propriedade. A revisão da construção e do desfrute da cidade como um fenômeno exclusivo acessado por uma minoria que possui o excedente de capital é o mote de tessitura desse direito, que impõe a revisão da cidade do capital para a progressiva construção da cidade das pessoas.

Uma nova pauta de reivindicação surge nesta luta pela cidade equitativa: a mobilidade urbana. A necessidade de circulação frenética para escoamento de fatores de produção, o trabalho, produtos, mercadorias e capital contrapõem-se à dificultosa mobilidade de grande parte das pessoas que vivem na cidade, pois a mobilidade eficiente também se torna uma mercadoria, acessível a poucos.

Com uma crescente urbanização, a luta por revisão desses padrões segregacionistas por todo o mundo tem sido uma constante⁵, pois, numa cidade equitativa e justa, as pessoas locomovem-se e são transportadas com fluidez, sem maiores embaraços de quaisquer origens para que se reconheçam como usufruidores das benesses geradas pela construção citadina, sejam elas materiais ou imateriais.

Por se tratar de um direito relativamente novo, de natureza coletiva, muitos estudiosos têm dificuldade em visualizar a mobilidade urbana como um tema também adstrito ao campo dos estudos do Direito, geralmente o analisando sob o prisma único da arquitetura e urbanismo, engenharia ou até mesmo da geografia.

⁵ Protesto no Brasil em 2013, denominado de Manifestação dos 20 centavos ou Jornada de junho de 2013.

A multidisciplinaridade e os múltiplos enfoques que se podem aplicar à temática, no entanto, são incontestes. Na seara jurídica, com o crescente e expressivo processo de urbanização mundial, que, se estima, atingirá o patamar mundial de até 65% das pessoas vivendo em cidades até o ano de 2050, a mobilidade urbana é objeto de estudos, discussões em fóruns mundiais e elaborações normativas que influenciam nosso ordenamento jurídico, como alguns que serão citados a seguir.

Na Carta da Organização dos Estados Americanos, tratado multilateral datado de 30 de abril de 1948 e ratificado pelo Brasil em fevereiro de 1950, a modernização da vida rural, o estímulo a um crescente processo de industrialização com acesso ao direito de bem-estar material, o fornecimento da habitação adequada e condições urbanas que proporcionassem oportunidades de vida sadia, produtiva e digna foram consideradas metas básicas a serem seguidas pelos Estados signatários, com base no art. 34, alíneas *d, e, k, e l*.

Na Carta Europeia de Garantia dos Direitos Humanos na Cidade, aprovada em Saint-Denis, França, em 2000, por sua vez, a preocupação com o deslocamento na cidade é expressa em seu preâmbulo. No art. 22, em seus itens, 1, 2 e 3, a Carta confere tratamento específico ao direito de circulação e à tranquilidade na urbe, atribuindo às autoridades locais o reconhecimento de que os cidadãos devem dispor de meios de transporte públicos acessíveis, fomentando-se ainda o uso de veículos não poluentes. Pedestres, segundo o texto em comento, devem ter áreas de circulação reservadas de maneira permanente ou em certos momentos do dia.

O Comitê das Nações Unidas, constituído por 18 especialistas em matéria de direitos humanos, criado em 1985 com a finalidade de avaliar o cumprimento do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966 e ratificado pelo Brasil em 1992, emitiu em 2004 as observações gerais sobre o direito à moradia ao analisar relatórios emitidos pelos Estados signatários, consignando que a moradia adequada é aquela que permita acesso a opções de emprego, levando em consideração que os custos de tempo e financeiros para chegar aos postos de trabalho e retorno à residência podem impor exigências excessivas às famílias mais pobres (item 8, *f*, das observações gerais).

Na mesma linha principiológica até aqui desenvolvida, em 2005 é aprovada a Carta Montrealense de Direitos e Responsabilidades, que entrou em vigor em 01 de janeiro de 2006, elaborada por um grupo de trabalho composto por cidadãos denominado Laboratório da Democracia, sob a alçada do Presidente da Câmara Municipal e do Chefe do executivo municipal de Montreal, visando ao favorecimento de acesso às atividades e aos equipamentos coletivos de lazer, atividades físicas e desportos (art. 22, *c*) e favorecer os meios de transporte coletivo e outros transportes, limitando a circulação de carro no ambiente citadino (art. 24, *d*).

A Carta Mundial pelo Direito à Cidade, publicada em 2006, documento produzido a partir do Fórum Social Mundial Policêntrico de mesma data, após discussões em fóruns sociais nas cidades de Quito (2004), Barcelona (2004) e Porto Alegre (2005), em seu artigo XIII, dispõe sobre o direito ao transporte público e à

mobilidade urbana com ênfase ao transporte público acessível, a preços razoáveis, demonstrando ainda preocupação com as diferentes necessidades ambientais e sociais envolvidas na operacionalização desse direito.

Em 2009, o Comitê de Mobilidade Urbana da organização Cidades e Governos Locais Unidos (CGLU), na cidade de Stuttgart, na Alemanha e a organização civil *Cities for Mobility* (Cidades para Mobilidade) editaram um documento intitulado Agenda 21 para a mobilidade⁶, em que as tônicas para trato do tema foram a inclusão social, o desenvolvimento da economia, ao mesmo tempo em que se visa à proteção do meio ambiente contra agressões desnecessárias.

Na América Latina, tem-se a Carta da Cidade do México pelo Direito à Cidade⁷, datada de julho de 2010, surgida a partir de debates entre diversas organizações sociais, civis, entidades governamentais e cidadãos. A iniciativa foi bem recebida também pelo Governo do Distrito Federal mexicano desde princípios de 2007, tendo sido realizados vários eventos públicos de discussão sobre o direito à cidade. Importante consignar que só a Zona Metropolitana do Vale do México tem mais de 20 milhões de habitantes, sendo umas das regiões mais povoadas do planeta.

Nesta iniciativa advinda de debates múltiplos populares, em clara demonstração do exercício pleno da cidadania, considera-se que uma cidade inclusiva preserva o direito à liberdade de circulação, resguardando, ainda, total acesso ao transporte público e mobilidade urbana (item 3.2.1). A criação de novas centralidades de atividades econômicas, políticas e de educação na malha urbana é levada em consideração para melhoria da mobilidade (item 3.3.5), bem como o fomento a modais de transportes não poluentes (item 3.3.5).

No Brasil, a Organização das Nações Unidas, através do Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (UN-Habitat), realizou em 2010 o Fórum Urbano Mundial (FUM), sobre o tema "Direito à Cidade: Unindo o Urbano Dividido", com mais de 18 mil participantes, na Zona Portuária da cidade do Rio de Janeiro. Tal fórum ocorre de dois em dois anos desde o ano de 2002 e a primeira edição foi realizada em Nairóbi, no Quênia, e teve como tema a urbanização sustentável.

O direito à cidade é o eixo para discussão e aperfeiçoamento de ações de políticas públicas neste fórum da ONU, divulgando-se ainda um relatório denominado "O Estado das Cidades no Mundo 2010/2011: Unindo o Urbano Dividido"⁸. Dados, artigos e informações escritos por acadêmicos, gestores e especialistas sobre o problema da rápida urbanização no planeta e modos de superá-los são compilados.

⁶ Disponível em: < http://i-nse.org/wp-content/uploads/Cities-For-Mobility_Agenda21.pdf>. Acesso em: 7 maio 2019.

⁷ Disponível em: < <http://base.d-p-h.info/pt/fiches/dph/fiche-dph-8584.html>>. Acesso em: 12 out. 2019.

⁸ Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-HABITAT). Estado das Cidades do Mundo 2010/2011 – Unindo o Urbano Dividido. Fonte <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/100408_cidadesdomundo_portugues.pdf>. Acesso em 17 abr. 2018.

O município do Rio de Janeiro apresentou no Fórum a “Carta do Rio de Janeiro sobre o Direito à Cidade”, em que reafirmou o reconhecimento do direito à cidade inclusiva, como um novo paradigma socioambiental em que a equivalência de oportunidades aos bens materiais e imateriais oferecidos seja ofertada a todos os habitantes temporários ou permanentes da cidade. Para este mister, de acordo com o relatório do Fórum (2010, p. 106), reafirmou-se a necessidade de políticas públicas articuladas por toda a sociedade civil e instituições governamentais.

No FUM, ainda se demonstrou franca preocupação com o tema mobilidade urbana em toda a América Latina, tratando-o como um dos maiores problemas nevrálgicos atuais. Enfatizou-se, no relatório (2010, p. 20), no item 26, que a população mais pobre é a que mais sofre com a carência de mobilidade urbana eficiente por geralmente residir em áreas desprovidas de centralidades e equipamentos públicos.

Outro ponto do documento (UN-Habitat, 2010, p. 50), tratado no item 11, foi a inacessibilidade das favelas no Brasil no que tange à mobilidade, reforçando-se que estradas de acesso deveriam ser construídas até mesmo para que houvesse acesso de veículos de socorro e outros serviços.

Todos os documentos até aqui citados demonstram que a temática da mobilidade urbana eficiente tem sido alvo de intensos debates mundiais, sobre os quais especialistas das mais diversas áreas de conhecimento, inclusive os da área jurídica, juntamente com governantes locais, organizações civis e cidadãos, estão mantendo intenso intercâmbio de informações, estudos e pesquisas, considerada a relevância do tema para o bem-estar do ser humano.

O processo interessante é que muitos dos documentos sobre os quais discorreremos não advêm de iniciativas meramente legislativas, ou seja, como fruto da democracia indireta (sistema representativo). Muito pelo contrário, advêm de intensos debates entres cidadãos, especialistas e protagonistas públicos principalmente dos Poderes Executivo e Legislativo. O paradigma participativo-direto de democracia tem sido amplamente utilizado no tema direito à cidade e à mobilidade urbana, dado o impacto direto das discussões na vida do cidadão em geral e a multiplicidade de enfoques sociais e técnicos que pode ser aplicada ao assunto.

3. O arcabouço jurídico-normativo do direito à mobilidade urbana no Brasil

Muitos indivíduos são privados do acesso à mobilidade urbana por causa do elevado custo dos transportes públicos, o que acaba por impactar em sua educação, acesso a trabalho, saúde e até mesmo na manutenção de laços familiares quando são impossibilitados de visitar parentes por ausência de modicidade de tarifas.

⁹ Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-HABITAT). *Report of the Fifth Session of the World Urban Forum*. Fonte: <<https://unhabitat.org/wp-content/uploads/2016/07/wuf-5.pdf>>. Acesso em 17 abr. 2018.

Além disso, quando têm acesso ao transporte, padecem longas horas de viagem em razão de uma cultura eminentemente rodoviarista e individualista de mobilidade, ainda encontrada em muitas cidades brasileiras no arranjo do planejamento urbano.

Partindo desse cenário socioeconômico, estima-se que a população brasileira atualmente encontra-se precipuamente nas cidades, alcançando um índice de 84,36% de taxa de urbanização no ano de 2010, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹⁰.

O IBGE identificou 63 concentrações urbanas brasileiras com mais de 300 mil habitantes em projeto do ano de 2015¹¹ que tem como intento, além do estudo socioespacial de nosso território, ajudar nas escolhas das políticas públicas que serão implantadas, em alinhamento às necessidades dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS e da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável¹².

Esta altíssima taxa de urbanização traz à baila a ideia de cidade como um imã atrativo de pessoas, “um campo magnético que atrai, reúne e concentra os homens”, que nos é apresentada por Rolnik (1995, p. 13), acabando por configurar a formação sociopolítica da cidade. Se por um lado a cidade atua como um imã, revela, por outro, uma característica paradoxal, que é a complexa segregação, reunião de medos e anomias deste território.

Este processo de crescimento das cidades brasileiras desenvolvido precipuamente no século XX, no entanto, foi implementado com muitos resquícios de características do período colonial e imperial, tais como concentrações de riquezas, poder e terra em nome de poucos favorecidos, bem como pelo coronelismo e pelo uso do direito como instrumento de reforço dessas idiosincrasias.

Nosso processo de urbanização corporativa gerou cidades com problemáticas bastante similares, como déficit crônico de moradia em condições de habitabilidade mínima, como saneamento básico, déficit de acesso à mobilidade urbana eficiente, à saúde e ao lazer.

É a cidade do capital e não das pessoas, que foi forjada segundo o aparato técnico e científico voltado para o escoamento do excedente do capital, voltada para o interesse das grandes corporações e que ainda se vale do aparato estatal para a consecução de seus fins. Nessa perspectiva urbanizadora, afirma Santos (2009, p. 10) que:

A cidade em si, como relação social e como materialidade, torna-se criadora de pobreza, tanto pelo modelo socioeconômico de que é suporte como por sua estrutura física, que faz dos habitantes das

¹⁰ IBGE. *Censo demográfico 1940-2010. Até 1970 dados extraídos de: Estatísticas do século XX*. Rio de Janeiro: IBGE, 2007, no Anuário Estatístico do Brasil, 1981, vol. 42, 1979. Acesso em 17 abr. 2019.

¹¹ IBGE. *Áreas Urbanizadas do Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv100639.pdf>>. Acesso em 17 de abr. 2019.

¹² Documentos estabelecidos pela Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, realizada em 2015, assim como da Nova Agenda Urbana, pactuada na III Conferência das Nações Unidas sobre Moradia e Desenvolvimento Urbano Sustentável – Habitat III, realizada em 2016.

periferias (e dos cortiços) pessoas ainda mais pobres. A pobreza não é apenas o fato do modelo socioeconômico vigente, mas, também do modelo espacial.

No campo normativo, desde a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, ou seja, há 31 anos, a preocupação do constituinte já era a garantia do bem-estar dos habitantes e a utilização do solo urbano em atendimento às funções sociais da cidade, em nítida oposição ao conceito de cidades segregadoras e disfuncionais, em que o perfil mercadológico capitalista, voltado para a acumulação de riquezas e especulação imobiliária altamente predatória, prepondera.

Inicialmente, nosso legislador constituinte originário¹³, conforme dispõem o artigo 21, inciso XX e o artigo 30, *caput*, referia-se ao acesso a transportes urbanos e coletivos, isto é, ao deslocamento de pessoas. Os transportes coletivos, no entanto, constituem-se apenas em uma das facetas de um conceito mais amplo que é o de mobilidade urbana, este que é definido pelo artigo 4º, inciso II, da Lei nº 12.587/2012 como “a condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano”.

A definição de mobilidade urbana confere um caráter sistemático e dinâmico ao trânsito, ao transporte coletivo, à logística de distribuição das mercadorias, à construção da infraestrutura viária, à gestão de calçadas e a outros temas correlatos aos deslocamentos que ocorrem no espaço urbano.

Nessa formulação conceitual adotada, a funcionalidade das políticas formuladas é permeada por questões socioeconômicas, sustentabilidade ambiental, uso do solo e suas implicações e de gestão pública.

Na esteira da preocupação mundial com o direito à cidade sustentável e adequada aos interesses das populações locais, entra em vigor o Estatuto da Cidade em 2001¹⁴, regulamentando os artigos 182 e 183 da Constituição da República Federativa de 1988, expressamente referindo-se, em seu artigo 2º, inciso I, à garantia ao transporte como diretriz para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

Apesar de o Estatuto da Cidade ter sido um grande avanço social à época, não contemplou especificamente a temática mobilidade urbana nestes exatos termos, limitando-se a consignar que as cidades com mais de 500 mil habitantes deveriam elaborar um plano de transporte urbano integrado, em consonância com o Plano Diretor ou nele inserido, como prevê o artigo 41, §2º, da Lei nº 10.257/2001.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 17 abr. 2019.

¹⁴ Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso: 17 abr. 2019.

Para tanto, enfatizou através do artigo 2º, inciso II c/c artigo 3º, IV, a necessidade de uma gestão democrática e participação da população e associações representativas para a formulação, execução e planejamento de planos, projetos e programas que envolvam a mobilidade urbana.

Em 1º de Janeiro de 2003, cria-se o Ministério das Cidades¹⁵, durante o mandato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o que foi um fato inovador nas políticas urbanas, sendo de atribuição deste ministério a elaboração das políticas de desenvolvimento, de habitação popular, de saneamento ambiental e de transporte urbano e participação na formulação das diretrizes gerais para a conservação dos sistemas urbanos de água¹⁶.

Maricato (2007) sustentou que a criação deste ministério supria um vazio institucional governamental da União no que tange ao trato integrado da política urbana e o destino das cidades. Para a autora, a visão atomista dos setores de moradia, habitação e mobilidade dificultava as análises e implementação desses direitos, especialmente por se considerar que mais de 84% da população brasileira vive em cidades atualmente.

Até a criação do referido ministério, a última política proposta de política urbana implementada pelo governo federal deu-se entre os anos de 1964 e 1985 durante o regime militar. Com a crise fiscal dos anos 80 e a derrocada do Sistema Financeiro de Habitação e do Sistema Financeiro do Saneamento, as políticas urbanas com esse viés foram relegadas a segundo plano, em normas dispersas e sem conexão aplicadas unicamente pela União, de acordo com Rolnik (2015).

No Ministério das Cidades, encontrava-se a Secretaria Nacional de Mobilidade Urbana (SeMob), que tem como missão “fomentar a implantação da política de mobilidade urbana com a finalidade de proporcionar o acesso universal à cidade, de forma segura, socialmente inclusiva e sustentável” (SEMOB, 2003, s.p.).¹⁷

Em 2012, após 17 anos de tramitação no Congresso Nacional, promulga-se a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro¹⁸, que institui as diretrizes a serem adotadas nas políticas públicas de desenvolvimento que envolvem a mobilidade urbana, o que foi um marco na gestão de políticas públicas, especialmente por se ter permitido a priorização do transporte coletivo e do transporte não motorizado sobre o transporte motorizado individual.

Em tal diploma legal, a mobilidade é expressa no artigo 4º, II, como “condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano”, tendo

¹⁵ Lei nº 10683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/images/stories/Legislacao/Leis/Lei10683depdf28052003>>. Acesso: 17 abr. 2019.

¹⁶ Essas atribuições estão previstas no artigo 27, inciso III, alíneas *a, b, c, d, e, f*, da Lei nº 10683, de 28 de maio de 2003.

¹⁷ Disponível em: <<https://www.cidades.gov.br/mobilidade-urbana>> Acesso em: 7 maio 2018.

¹⁸ Lei nº 12587, de 3 de janeiro de 2012. Institui as diretrizes a Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nos 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12587.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

como uma das diretrizes, conforme dispõe o artigo 6º, II, “prioridade dos modos de transportes não motorizados sobre os motorizados e dos serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado”.

O Plano de Mobilidade Urbana (PMU) é o instrumento previsto no artigo 24, *caput*, da Lei nº 12.587/2012, para a efetivação da política nacional nela prevista, conferindo-se grande ênfase aos modos de transporte não motorizados para os deslocamentos, como dispõem os artigos 23, IV e 24, V, bem como o foco no planejamento do deslocamento a pé ou por bicicleta nos municípios sem sistema de transporte público coletivo ou individual.

Na Lei nº 12587/2012, a obrigatoriedade de elaboração do PMU é imposta às municipalidades com mais de 20.000 habitantes¹⁹, contrariamente ao que dispunha o Estatuto da Cidade, que previa este tipo de plano apenas para cidades com mais 500.000 habitantes, e, naquela lei, o plano é muito mais abrangente em seu conteúdo, abrangendo, além da própria infraestrutura viária e serviços, assuntos como os mecanismos e instrumentos de financiamento do transporte público coletivo²⁰.

Na mesma linha de crescente conscientização, o legislador pátrio edita a Emenda Constitucional de nº 82, em 2014, incluindo o direito fundamental à mobilidade urbana eficiente no parágrafo 10º, inciso I, do art. 144 da Carta Política de 1988, que trata da segurança pública.

A necessidade de que as políticas públicas de moradia, mobilidade, saneamento e meio ambiente sejam feitas de modo articulado e integrado na federação entre União, Estados e municípios, o que se intitulou de “governança interfederativa”, levou à promulgação em janeiro de 2015, do Estatuto da Metrópole²¹, com o intuito de trazer visão holística à gestão pública brasileira de origem essencialmente atomística, conferindo continuidade e funcionalidade às práticas de gestão adotadas entre os diversos entes federativos.

Nessa mesma toada, em setembro de 2015, o constituinte derivado alça o transporte à categoria de direito social, com a edição da Emenda Constitucional nº 90, que alterou o art. 6º da *Lex Mater*. O transporte, neste contexto, refere-se tanto à mobilidade de pessoas como o de cargas, na esteira do que dispõe o art. 1º da Lei nº 12587/2012.

Em 2015, o Ministério das Cidades, através da Secretaria com atribuição, edita o PlanMob, que se intitula um caderno de referência para elaboração de plano de mobilidade urbana nos municípios e cidades. Neste caderno, preconiza-se que a mobilidade deve ser analisada conjuntamente com o uso e a ocupação do solo, saúde e qualidade de vida das pessoas, isto é, o prisma que é conferido ao assunto é um prisma humanitário, e não o enfoque do capital.

¹⁹ Art. 24, §1º.

²⁰ Art. 24 e incisos.

²¹ Lei nº 12587, de 12 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências.

Cita-se, inclusive, a manifestação de junho de 2013, conhecida como Manifestação dos 20 centavos, em que a população se reuniu para reivindicar providências de serviços públicos coletivos de qualidade com tarifas módicas como um dos motes para criação do Plano de Mobilidade Urbana.

As várias mortes causadas no país em acidentes de trânsito (cerca de 43 mil óbitos por ano), bem como o excessivo tempo gasto com deslocamento médio em grandes capitais, prejudicando as condições de vida dos usuários de transporte públicos, assim como um crescente índice de poluição atmosférica e sonora também foram motivadores para a publicação do PlanMob.

Até mesmo a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), associação civil, sem fins lucrativos, que exerce função delegada estatal por intermédio do Conmetro/Sinmetro, órgãos do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio publicou a norma ABNT NBR ISO 37120:2017 para análise do Desenvolvimento Sustentável de comunidades, em que criou indicadores para orientar e medir serviços urbanos e qualidade de vida.

Na NBR ISO 37120/17, como indicadores que compõem o desenvolvimento sustentável da comunidade, estão os de governança, transporte e planejamento urbano, a reforçar a importância dos tópicos para a classificação de uma cidade como sustentável, na esteira do que, inclusive, preconiza-se no Objetivo de nº 11 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas²².

4. Movimentos civis e luta por uma mobilidade urbana eficiente nas últimas décadas

A lógica mercantilista sobre a mobilidade urbana tolhendo o direito de ir e vir da população acabou por deflagrar movimentos civis nos últimos anos com essa temática.

A Revolta do Buzu²³, protagonizada pelos estudantes do ensino médio, principalmente, jovens universitários e jovens do ensino fundamental, ocorrida em Salvador entre agosto e setembro de 2003, foi uma série de manifestações em resistência às condições indignas do transporte público na capital soteropolitana.

As principais reivindicações dos jovens na rua eram: 1- a manutenção do preço da tarifa do ônibus em R\$1,30, pois havia subido para R\$1,50 (a principal reivindicação); 2- a meia passagem nos finais de semana, feriados e férias; 3- a gratuidade na primeira via do cartão utilizado pelos jovens; 3- a revitalização do Conselho Municipal de Transporte e, por fim, a melhoria das condições dos transportes.

²² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*, 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br>>. Acesso em 02 de ago. de 2019.

²³ Fonte: OLIVEIRA, Júlia Ribeiro de (Coord.) e CARVALHO, Ana Paula (Coord.). *A Revolta do Buzu – Salvador (BA): Manifestações dos estudantes secundaristas contra o aumento da Tarifa de Ônibus. Relatório das Situações-Tipo Brasil*. Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase) e Instituto Pólis. 2007. Disponível em: <http://bibjuventude.ibict.br/jspui/bitstream/192/164/1/IBASE_IPOLIS_revoltadobuzu_2007.pdf>. Acesso em: 26 out. 2019.

Calcula-se que a série de movimentos reuniu 20 mil estudantes de colégios de diversas regiões da capital e da cidade vizinha, paralisando a circulação de carros e ônibus por quase 20 dias²⁴, causando impacto nas atividades econômicas locais e na arrecadação das sociedades empresárias do ramo de prestação de serviço de transporte público rodoviário.

No movimento, restou bem consignada a importância extrema do acesso à mobilidade urbana eficiente para que os jovens pudessem ter acesso ao direito à educação, sendo a gratuidade de oferta de transporte público para estudantes de escolas públicas uma reivindicação tradicional dos movimentos estudantis no Brasil.

Salvador é tida como a capital do desemprego, segundo estudos do Dieese²⁵, com inúmeras pessoas vivendo em processo de informalidade e em condições precárias de trabalho. Em 2016, o salário médio mensal dos trabalhadores formais é de apenas 3,4 salários mínimos e somente 28,7% da população têm ocupação, ou seja, 841.999 pessoas²⁶. O terceiro maior gasto para uma família de baixa renda é com a mobilidade urbana, constituindo-se em 8,15% da despesa, valor este bastante impactante no orçamento mensal familiar²⁷.

Um ponto digno de nota na Revolta do Buzu foi a resistência dos estudantes envolvidos a se associarem, no evento, a qualquer tipo de entidade formalmente organizada, mesmo que estudantil, pois, segundo Oliveira e Carvalho (2007, p. 8), “como pode ser observado em documentários e reportagens da época, a maioria dos estudantes associou a presença delas a partidos políticos, mecanismos de manipulação da opinião pública, disputa pelo poder e pela iniciativa das manifestações”.

Nesta manifestação observa-se claramente a crise da democracia representativa que está acontecendo em todo o mundo, mas que é um processo com maior visibilidade principalmente na América Latina, em que investigações como as operadas na Lava-Jato expõem em suas vicissitudes da corrupção severa que abundam aqui, assim como acusações de golpes de Estado na Venezuela e violentos protestos ocorridos no Paraguai²⁸.

²⁴ *Idem*, p. 7 do supracitado relatório.

²⁵ A taxa de desemprego total da Região Metropolitana de Salvador aumentou de 25% para 25,5% da População Economicamente Ativa (PEA) em fevereiro de 2018. Estima-se hoje que sejam 510 mil pessoas desempregadas. Fonte: Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Pesquisa de Emprego e Desemprego. Mercado de Trabalho na Região Metropolitana de Salvador. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analiseped/2018/201802pedssa.html>> Acesso em: 30 out. 2019.

²⁶ Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Panorama da Cidade de Salvador. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ba/salvador/panorama>>. Acesso em: 30 out. 2019.

²⁷ Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa de Orçamento Familiares (POF) de 2004*. Disponível em: <<https://www2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/19052004pof2002html.shtm>>. Acesso em: 2 out. 2019.

²⁸ Protestos no Paraguai em 2017 foram uma série de manifestações ocorridas no país que teve início em 31 de março. Durante os protestos, o Congresso foi incendiado por manifestantes. As manifestações ocorreram após 25 senadores aprovarem uma emenda constitucional que permitiria ao atual presidente do país, Horacio Gomes, concorrer à reeleição em 2018, possibilidade vedada atualmente pela Constituição paraguaia. A emenda foi descrita pela oposição como “um golpe”. Vários Políticos e jornalistas, bem como a polícia e manifestantes foram feridos, incluindo um deputado de oposição. Um líder da Juventude Liberal, Rodrigo Quintana, foi morto após ser baleado em uma invasão à sede do Partido Liberal-Radical Autêntico, em Assunção. Fonte: BBC News Brasil. *Entenda a crise que culminou com invasão e incêndio do*

O cidadão-consumidor deseja respostas rápidas e satisfatórias em termos de políticas públicas, o que encontra óbices na própria ideia da representatividade, sujeita a procedimentos mais morosos de legitimação de seus ideais de governança.

Essa visão mercadológica da cidadania esteia-se no fato de que reclamações e sugestões de clientes são prontamente atendidas, em regra, pelas sociedades empresárias, o que difere bastante das respostas aos reclamos obtidas no setor público, seja na celeridade, eficácia e presteza.

Partidos políticos são vistos e muitos assim se colocam como instituições voltadas ao lucro, buscando riqueza e glória na sociedade, ao invés de atenderem ao seu intuito originário de instrumento de operacionalização do direito de cidadania junto aos Poderes Públicos.

A compreensão da gênese desse processo de progressivo desgaste da democracia representativa na América Latina é assim descrita por Riffo, cientista política chilena, em entrevista a João Paulo Charleaux²⁹:

É preciso lembrar que democracia e representação compõem uma aliança incômoda. Desde suas origens, a democracia era exercida de maneira direta, sem corpos políticos intermediários – ainda que fosse restrita aos homens livres, o que excluía escravos e mulheres. Já a representação, era exercida pelos monarcas, que enviavam seus representantes para distintos pontos do reino, para dar solução aos problemas do governo e para cobrar impostos. Foi a Revolução Francesa que uniu os conceitos de democracia e representação. Por isso, em alguns momentos da história moderna, há essa tensão entre democracia e representação (RIFFO, 2017, s.p.).

A República representativa, modelo forjado ao fim do séc. XVIII, dá claros sinais de esgotamento, tendo em vista a dissociação progressivamente gerada pela vontade popular real e o instituto da representação, baseada precipuamente em estruturas de poder verticalizadas.

A Revolta do Buzu acabou por receber grande apoio da população que encampou o movimento capitaneado pelos jovens estudantes soteropolitanos. De acordo com Oliveira e Carvalho (2007, p. 5), “os trabalhadores de maneira geral, professores, até mesmo alguns policiais e motoristas de ônibus reconheciam a importância do ato, mesmo diante do imenso transtorno causado na cidade”.

Congresso do Paraguai. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39466675>> Acesso em: 30 out. 2019.

²⁹ Fonte: Nexo Jornal. *De onde vem a crise de representatividade dos partidos, segundo esta pesquisadora chilena*. Javiera Arce Riffo discute em São Paulo os entraves da democracia na América Latina e os meios de driblar a crise política, que não está restrita ao Brasil. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/entrevista/2017/04/03/De-onde-vem-a-crise-de-representatividade-dos-partidos-segundo-esta-pesquisadora-chilena>>. Acesso em 30 de out. de 2019.

Os jovens baianos são muito participativos em questões referentes à cultura, lazer, esporte e artes, todos direitos constitucionais, fazendo da escola seu primeiro *locus* de atuação institucional. Da série de manifestações chamada de Revolta do Buzu, resultaram oito candidaturas dos jovens participantes do movimento a cargos de vereança na cidade, inexistindo êxito, no entanto, nos pleitos.

Não houve após a série de manifestações na capital baiana, entretanto, atendimento do pleito principal de diminuição do valor tarifário, mas o movimento foi muito belo e expressivo socialmente, pois teve impacto na construção identitária dos jovens participantes, o que faz parte da construção da noção de cidadania.

Além disso, trouxe à baila a discussão sobre a necessidade de redução de tributos sobre valores das passagens (ISS, ICMS, CIDE, COFINS e PIS), bem como a grande influência para que houvesse manifestações em outros lugares do país, como a Revolta da Catraca em Florianópolis em 2004, e a própria criação do Movimento Passe Livre em 2005, durante o Fórum Social Mundial em Porto Alegre.

A Revolta da Catraca ou Guerra da Tarifa foi um movimento popular ocorrido na cidade de Florianópolis, em 2004, com 17 dias de protesto. Houve protestos de estudantes e população contra o reajuste das passagens de ônibus na capital de Santa Catarina, bem como o aumento de salário de vereador em 150% e da Prefeitura em 275%.

O movimento foi considerado também, como a Revolta do Buzu, um movimento horizontal, sem líderes, que envolveu associações comunitárias e estudantes, não tendo sido arregimentado através da *internet*. O movimento iniciou-se com alunos do Colégio de Aplicação pulando grades e cercas do instituto, seguindo em marcha para o centro, fechando o terminal da Trindade.

De acordo com Vinicius (2005, p.14)³⁰, estudantes e policiais militares reuniram-se no primeiro dia, com apoios recíprocos em diversos e importantes momentos. Ao longo do movimento o palco de embate foram as ruas e a estratégia era a ocupação, como a Avenida Paulo Fontes, com a rodovia SC-401, que é a principal ligação entre o centro da cidade e o norte da ilha de Florianópolis, bem como o bloqueio de terminais e a estratégia catraca-livre, que consistia em deixar a porta de trás dos ônibus abertas.

O movimento teve certo nível de organização e preparação e encontrou forte represália por parte do Poder Executivo, que determinou a repressão violenta com policiais com bombas de gás, chutes nos rostos dos estudantes, spray de pimenta e balas de borrachas. Ocorreram também várias detenções e indiciamentos³¹.

Ao fim, os manifestantes, principalmente os jovens, atingiram seu objetivo principal que era a revogação do aumento das tarifas, bem como conseguiram com que os vereadores fizessem um abaixo-assinado pedindo que a Chefe do Executivo municipal não sancionasse o projeto de aumento de salário que eles mesmos haviam aprovado. Fizeram renascer no povo catarinense a noção do poder da população unida para atingimento de conquistas sociais, o que foi confirmado por Vinicius (2005, p.60):

³⁰ VINICIUS, Leo. *A guerra da tarifa*. São Paulo: Faisca, 2005, p. 14.

³¹ VINICIUS, Leo. *A guerra da tarifa*. São Paulo: Faisca, 2005, p. 35.

O movimento já foi uma vitória em si mesmo. E ainda conquistou a sua reivindicação central. Modificou o imaginário popular. Enfrentou as forças mais conservadoras da sociedade catarinense e lhe impingiu uma derrota. O povo daqui agora sabe que é possível conquistar o que se deseja através da mobilização e da ação direta. Isso se vê nas ruas.

Na esteira das Revoltas do Buzu e da Catraca, o Movimento Passe Livre (MPL) autodefine-se como “um movimento social autônomo, apartidário, horizontal e independente, que luta por um transporte público de verdade e gratuito” (MOVIMENTO PASSE LIVRE, 2005, s.p.)³² para toda a população. Foi batizado na Plenária Nacional pelo Passe Livre, em janeiro de 2005, em Porto Alegre.

Apesar de apartidário, o MPL não refuta a participação de partidos no movimento, mas defende que a política deve transcender o simples ato de votar, abarcando a prática cotidiana do exercício da cidadania. Defende ainda a horizontalidade na participação, conclamando todos indistintamente a participarem do movimento.

O MPL dispõe que a gratuidade do transporte público deve ser entendida como o pagamento do transporte através dos impostos progressivos, analisando a capacidade contributiva de cada contribuinte, de forma que os mais pobres teriam as passagens custeadas pelos mais abastados.

A internet, no caso do MPL, é utilizada por grupos de trabalho que executam as deliberações plenárias tomadas em consenso, e, em último caso, por votação. Almeja-se a inclusão do elemento participação popular de forma intensa na gestão dos transportes coletivos.

O direito à mobilidade urbana, para o MPL, é tido como um dos corolários do direito à cidade, pois de acordo com o manifesto do movimento a “circulação livre e irrestrita é um componente essencial deste direito que as catracas – expressão da lógica do transporte como circulação de valor – bloqueiam.” (MARICATO, 2013, p. 7)³³.

O movimento ganhou destaque na imprensa e a discussão sobre a tarifa zero veio ainda mais à tona em 2013, após as grandes manifestações ocorridas em junho no país, as Jornadas de Junho, com grande mobilização do MPL de São Paulo, buscando-se impedir o aumento das passagens de transporte coletivo na cidade. No fim deste mesmo ano, mais de 100 cidades brasileiras haviam reduzido a tarifa do transporte, em consequência das manifestações.

Sobre a magnitude das manifestações, Maricato (2013, p. 19) assim se consignou:

³² Fonte: *Movimento Passe Livre*. Disponível em: <<https://www.tarifazero.org/mpl/>> Acesso em 05 de nov. de 2019.

³³ As Vozes das ruas: as revoltas de junho e suas interpretações. In: MARICATO, Erminia. *Cidades Rebeldes: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo: Boitempo, Carta Maior. 2013, p.7.

Tomando as ruas, as Jornadas de Junho de 2013 rasgaram toda e qualquer perspectiva técnica acerca das tarifas e da gestão dos transportes que procurasse restringir seu entendimento aos especialistas e sua “racionalidade”, a serviço de cima. Ao reverter o aumento das passagens em mais de cem cidades do país, as pessoas deslocaram momentaneamente – e com impactos duradouros – o das barricadas, uma experiência de apoderamento que não se resume à ocupação física das cidades, mas estende-se à maneira como se organizam os transportes no país. É essa tomada de poder que assusta os gestores estatais e privados, que tentam agora reocupar o espaço que perderam para os trabalhadores urbanos.

Na cidade de São Paulo, especificamente, o MPL exerceu-se pressão vitoriosa de duas semanas sobre a revogação do decreto municipal que aumentou em R\$0,20 a tarifa, que só viria a acentuar a exclusão social já existente na mobilidade urbana.

Em todos os movimentos sociais de que se trata até agora, as tentativas de “ocupação da cidade” pelos cidadãos dela excluídos levaram a respostas de violência, pois esta forma de linguagem ainda é bastante utilizada como forma de controle pelos políticos locais. Vocábulos como “baderna, quadrilha, arruaceiros, criminosos e vagabundos” legitimam o discurso estatal e midiático para tentar interromper a rebeldia dos excluídos sociais contra o processo alijador que vivenciam diariamente: sem mobilidade urbana, sem educação, sem saúde, sem moradia, sem lazer.

A gestão dos fluxos e dos espaços citadinos pelos participantes dos movimentos é tônica comum. Devolve-se à cidade o seu próprio veneno diário: bloqueia-se uma avenida principal e, como nossa mobilidade urbana é essencialmente rodoviarista e individualista, com péssimo transporte coletivo, o caos está formado.

O estado do Rio Grande do Norte, em 2013, também foi palco do movimento Pau de Arara que ocupou as ruas de Mossoró, dirigindo-se à Câmara Municipal e à sede da chefia do Executivo local, o Palácio da Resistência.

Os protestantes, principalmente jovens estudantes, insurgiam-se contra um precaríssimo serviço de transporte público, ônibus sucateados, aumentos de tarifas abusivos, apesar de a União ter aberto mão de cobrança dos tributos PIS e COFINS para evitar aumento das tarifas, e lutavam pela efetiva aplicação do Plano de Mobilidade Urbana (já aprovado há dois anos) e integração das linhas.

A internet foi utilizada como principal veículo de comunicação e o movimento acabou por obter conquistas como passe para estudantes e projeto de lei voltado à adaptação para mobilidade nos ônibus, que foi arquivado infelizmente.

5. Contextualização histórica da bicicleta e seu progressivo reconhecimento como modal de transporte

Diante da necessidade de revisão de uma política essencialmente rodoviária em termos de mobilidade urbana, a bicicleta está paulatinamente sendo objeto de novos olhares nos planejamentos das cidades no que concerne ao deslocamento de até oito quilômetros, ou seja, em curtas e médias distâncias³⁴.

No que tange à educação do ciclista para uso do veículo e da população no respeito aos ciclistas, é válido ressaltar que o Código de Trânsito Brasileiro (CTB)³⁵ regula a circulação por meio de bicicletas, que pode ser feita nos bordos da pista de rolamento, quando não houver ciclovia ou ciclofaixa³⁶, com preferência sobre os veículos motorizados. O ciclista que está desmontado empurrando a bicicleta, por sua vez, é equiparado ao pedestre em direitos e deveres³⁷ conforme disposto na referida lei.

Por ser tratado como veículo no CTB³⁸, potencialmente causador de acidentes graves, há equipamentos obrigatórios que a bicicleta deve possuir, como campainha, sinalização noturna dianteira, traseira, lateral e nos pedais, bem como retrovisor do lado esquerdo³⁹.

Existe ainda no CTB previsão de punição para com atitudes agressivas com o ciclista, tal como ultrapassagens por veículos motorizados que, nas expressões populares, se denomina de “tirar fino”, ou seja, deixar de guardar a distância lateral de um metro e meio ao passar ou ultrapassar a bicicleta⁴⁰, sendo esta considerada uma infração média sujeita a multa. Da mesma forma, o ciclista não pode conduzir a bicicleta onde não seja permitido ou conduzi-la de forma agressiva, sendo esta uma infração média, sujeita a multa e a remoção do veículo⁴¹.

Considerado o primeiro veículo mecânico para transporte individual, a origem da bicicleta é um tanto controversa, alguns estudiosos atribuem o primeiro desenho deste modal, além de estudos sobre a transmissão por corrente, ao artista renascentista italiano Leonardo da Vinci (1452-1519). Tal desenho consta do *Codex Atlanticus*, uma coleção de documentos do polímata, constituído por doze volumes. Como se sabe, da Vinci era apaixonado por mecânica e anatomia, tendo produzido obras nas mais diversas áreas do conhecimento.

³⁴ Fonte: Revista Bicicleta. Reportagem “A Eficiência dos 8km” de André Geraldo Soares. Nesta mesma reportagem, o autor afirma que “95% dos municípios brasileiros têm população de até 100.000 habitantes, cujos perímetros urbanos não ultrapassam 8km de diâmetro. Desta forma, ressalvadas as condições topográficas e atmosféricas, qualquer ciclista, em condições físicas medianas, pode atravessar essas cidades em não mais do que 40 minutos. E estamos autorizados a conceber que apenas uma parcela diminuta da população necessita cruzar diariamente uma cidade de ponta a ponta.” Disponível em: <http://revistabicicleta.com.br/bicicleta.php?a_eficiencia_dos_8_km&id=2781>. Acesso em: 11 jan. 2019.

³⁵ Lei nº 9503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm>. Acesso em: 26 abr. 2019.

³⁶ Art. 58, *caput*.

³⁷ Art. 68, §1º.

³⁸ Art. 96, inciso II, alínea a, item 1.

³⁹ Art. 105, VI.

⁴⁰ Art. 201.

⁴¹ Art. 255.

Alguns estudiosos, por sua vez, contestam essa origem⁴² e consideram o desenho incluído na compilação *Codex Atlanticus* uma fraude, atribuível a um monge italiano que teria incluído um trabalho seu na coleção de documentos do renomado artista italiano.

Um historiador chinês, por sua vez, chamado Xu Quan Long, alega que o primeiro invento que se assemelha com a atual ideia de bicicleta teria sido uma engenhoca de rodas construída pelo inventor compatriota Lu Ban, que nasceu há 2500 anos atrás⁴³ e era especialista em construção de artefatos de guerra.

Historicamente, a origem com mais substrato documental é a de que, em 1790, o conde francês Mede de Sivrac inventou o celerífero, um cavalo de madeira de duas rodas, que se empurrava com um ou dois pés. Muitos consideram, no entanto, que o real inventor do veículo foi o barão alemão Karl Friedrich Von Drais que construiu a draisiana em 1817, espécie também de celerífero, com a roda dianteira servindo de diretriz e gerando mobilidade através de um comando com as mãos, o que atualmente chamaríamos de guidão, o que lhe conferia equilíbrio e possibilidade de realização de curvas ao invento.

Não havia pedais no projeto da draisiana, o que levava os usuários a empurrarem a si mesmos com os pés. Tal objeto foi patenteado em 1818, em Baden e em outras cidades europeias, incluindo Paris, mas houve baixíssimo interesse pela industrialização do invento na Alemanha inicialmente.

Mais de setenta anos depois, passando-se neste ínterim pela invenção do velocípede pelo francês Pierre Michaux, com diversos melhoramentos técnicos tais como a inclusão de pedais sobre disco e repasse da tração para a roda traseira e o câmbio de marchas, criado por Johann Walch, da Alemanha, o quadro trapezoidal, por Huber, na Inglaterra, e, em 1891 e os pneus tubulares desmontáveis, por Michelin, na França, tem-se a bicicleta da forma aproximada com que a temos hoje.

Com a revolução industrial, que se iniciou no séc. XVIII e atingiu seu ápice no século XIX, nasce a primeira indústria de bicicletas denominada *Michaul and Company* em 1875 e o veículo torna-se uma constante na paisagem em Paris e em outras cidades europeias.

No Brasil, de acordo com o Programa Brasileiro de Mobilidade por Bicicleta, em seu caderno de referência para elaboração do Plano de Mobilidade por Bicicleta nas Cidades (2007, p. 24-25), não se pode precisar data exata de chegada do veículo ao nosso território e nem a localidade. Estima-se que a Capital do Império, entre os anos de 1859 e 1870, tenha recebido os primeiros exemplares, pois nela estariam concentradas as pessoas com maior poder aquisitivo e que mantinham relações com a Europa, em que haviam surgido várias indústrias que produziram as bicicletas.

⁴² *The Leonardo da Vinci Bicycle Hoax*. Disponível em: <<http://www.cyclepublishing.com/history/leonardo%20da%20vinci%20bicycle.html#>> Acesso em: 21 de maio de 2018.

⁴³ *Was this the world's First-ever Cycle?* Disponível em: <<https://metro.co.uk/2010/03/24/was-this-the-worlds-first-ever-cycle-189288/>>. Acesso em: 21 maio 2019.

Alguns estudiosos sustentam, no entanto, que a bicicleta teria chegado ao Brasil no século XIX através de imigrantes europeus que vieram trabalhar na região sul do país. Em 1895, há registros fotográficos de clube de ciclistas em Curitiba⁴⁴ fundado por um grupo de alemães imigrantes.

SILVA (2014, p. 45-46) afirma que, quando da chegada do invento ao Brasil, símbolo de modernidade, no fim do século XIX e início do século XX, a bicicleta era usada por pessoas das mais diferentes classes sociais e tinha um certo status social. Com a chegada do bonde, calhambeque e, posteriormente, do carro, depois da Segunda Guerra Mundial, o modal, especialmente nas grandes capitais, foi alvo de estigmatização social e alijamento no que se refere aos planejamentos urbanos de transporte, essencialmente rodoviaristas.

De fato, estudos recentes conduzidos por Coelho Filho e Saccaro Júnior (2017, p.7), afirmam que “o ciclista brasileiro é de baixa renda, jovem e residente na zona rural” majoritariamente, “considerando-se zona rural a periferia de pequenas cidades ou uma região periurbana de transição nas grandes cidades”.

Em cidades pequenas e de médio porte a bicicleta foi muito utilizada para deslocamento por trabalhadores de indústrias e de pequenos estabelecimentos empresariais. Este fator deve ter contribuído também para o veículo ser visto como modo de locomoção de somenos importância por longo período nas políticas públicas brasileiras de mobilidade urbana, visto que um veículo utilizado por trabalhadores, especialmente com a chegada do automóvel no Brasil ao fim do século XIX e posterior processo de industrialização realizado aqui na década de 1950, sequer era considerado como modal de transporte efetivamente.

Segundo Coelho Filho e Saccaro Júnior (2017, p.5), curiosamente, estima-se que hoje o Brasil ainda tem mais bicicletas (50 milhões de unidades) que carros (41 milhões de unidades), mas somente 7% do total de viagens é feito por bicicletas, quando, na verdade, poderíamos atingir um patamar de 40% de viagens percorridas através deste modal.

De acordo com o Manual de Planejamento Cicloviário (2001), diante da ideia de que os modais mais modernos como automóveis, caminhões e metrô, altamente poluentes, resolveriam os problemas de transporte urbano, por longo período acreditou-se que a bicicleta, por ser um veículo simples, era uma tecnologia ultrapassada e fadada ao completo desaparecimento, o que, na verdade, mostrou-se ser uma afirmação falaciosa diante das crises energéticas e progressivas mudanças de paradigmas socioambientais.

De fato, esta estigmatização da bicicleta como veículo voltado unicamente para o uso das classes sociais menos favorecidas está progressivamente sendo vencida através de movimentos sociais de diversos usuários que acabam por também impactar a formulação de políticas públicas especialmente formuladas para fomentar o uso do modal.

⁴⁴ Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/colunistas/nostalgia/vida-equilibrada-96xh0wkunsgfmyun0z>> Acesso em: 22 maio 2019.

Coelho Filho e Saccaro Júnior (2017, p.7) indicam que, por um “semianalfabetismo sobre mobilidade urbana eficiente” ainda há, é claro, resistência a este movimento, e, paradoxalmente, mesmo os usuários de baixa renda do modal, quando aumentam a sua renda familiar, tendem a aumentar a taxa de motorização, especialmente com a compra de motocicletas (processo denominado de *shifting*). Este fator indica que não necessariamente o uso da bicicleta está ligado atualmente à conscientização ambiental e de saúde, mas sim à deficiência de transporte público e segregação social.

Um dos fatores já experienciado na Europa que reverte esta tendência à motorização já é o oferecimento de redes cicloviárias integradas a outros modais, como trens e ônibus, por exemplo, o que também foi objeto de constatação na cidade colombiana de Bogotá e em Niterói, no Rio de Janeiro, com a integração entre o modal e o transporte aquaviário oferecido nesta última cidade através da construção do bicicletário Arariboia, ao lado da estação central das barcas⁴⁵.

No que se refere à economia e conscientização socioambiental, o evento histórico conhecido como o Primeiro Choque do Petróleo ocorrido em 1973, em que os países do Oriente Médio diminuíram a produção de barris diante da conscientização da finitude do recurso não renovável, elevando o valor de cada barril de US\$2,90 para US\$11,65 dólares em apenas três meses, acabou por ocasionar uma necessidade de revisão das políticas de mobilidade urbana, estimulando-se o uso de novos modais que causassem impacto menor no meio ambiente.

Em 1976, a primeira política urbana consolidada da União sobre planejamento cicloviário é editada através do Manual de Planejamento Cicloviário da Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes (GEIPOT), baseada em análise de técnicos sobre a experiência de cidades sulistas que estimulavam o uso do modal. Tal manual foi reeditado em 1980 e também em 2001.

Curitiba foi uma das cidades analisadas no Caderno, pois, já em 1976, implantava uma embrionária rede cicloviária no interior de parques e em conexões entre alguns deles. Mesmo que não tenha ocorrido um planejamento técnico mais apurado, pois o projeto baseou-se apenas na elaboração de um anteprojeto geométrico unicamente, demonstrou-se que a cidade já fomentava a mobilidade urbana que não fosse somente a rodoviarista, regra no país à época.

Atualmente Curitiba é a cidade brasileira que tem o maior número de ciclistas no país, o que pode ser atribuído a diversos fatores como o desenvolvimento contínuo de políticas públicas para o desenvolvimento da estrutura cicloviária, clima e por também ainda apresentar, como à maioria das cidades brasileiras, problemas relacionados ao

⁴⁵ Quem usa diariamente as barcas na travessia para o Rio percebe o aumento de passageiros com bicicletas a bordo. E os números comprovam: levantamento da CCR Barcas mostra que o crescimento do trânsito de ciclistas e suas magrelas no trajeto Arariboia – Praça Quinze chegou a 125% nos últimos dois anos. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/bairros/em-dois-anos-numero-de-ciclistas-na-travessia-de-barcas-entre-niteroi-praca-quinze-cresceu-125-16501882>>. Acesso em: 15 set. 2019.

transporte público⁴⁶. O principal motivo listado para utilização do modal na cidade foi o fato de ser considerado mais rápido e prático, segundo cerca de 36% de entrevistados na cidade no ano de 2018.⁴⁷

Curitiba apresenta atualmente 207 km de vias cicláveis, utilizadas precipuamente para o deslocamento até o trabalho (60% das viagens). Cerca de 55% dos ciclistas contemplados na pesquisa supracitada consignaram que, se houvessem mais e melhores infraestruturas adequadas certamente usariam o modal de forma mais intensa.⁴⁸

Joinville, nos idos da década de 70, também recebeu visita técnica por parte da GEIPOT, visto que, na época, possuía a fama de cidade com o maior uso de bicicleta do país, especialmente pela existência da Fundação Tupy, maior sociedade empresária da cidade. Esta indústria construiu um estacionamento coberto com 2400 vagas, com utensílios para uso dos mais de 5000 mil funcionários ciclistas, o que já demonstrava o pioneirismo sulista na acolhida da bicicleta e a necessária infraestrutura.

Nos termos do Manual de Planejamento Cicloviário (2001, p. 1), assim era a situação do uso do modal naquele momento:

[...] A política de transportes urbanos, em particular a cicloviária, é essencial para estruturar soluções autossustentáveis para as áreas urbanas. Esse veículo, até o presente momento, não recebeu, em nosso país, o tratamento adequado ao papel que desempenha como meio de transporte, nas áreas urbanas. No Brasil, poucos são os profissionais que se interessam em conhecer ou estudar o fenômeno do uso da bicicleta, mesmo sendo ela o único veículo cuja aquisição é acessível a todas as classes sociais. A falta de prestígio desse meio de transporte junto a autoridades e planejadores tem acarretado aos seus usuários um a situação de semimarginalidade.

Em 2001, a GEIPOT publica um Diagnóstico Nacional do Planejamento Cicloviário⁴⁹ com dados coletados desde o ano de 1999, o estudo mais completo da União à época sobre o uso da bicicleta, depois de várias pesquisas realizadas em quase 60 cidades do país. Inicialmente, os pesquisadores contemplaram visitas a 25 cidades e, considerando que várias outras demonstraram interesse na participação sobre o diagnóstico, mais municípios foram englobados para a análise.

Considerando a importância da bicicleta para a realização de milhares de deslocamentos para lazer, estudo e trabalho, a SeMob implementa, em 2004, um

⁴⁶ Fonte: Pesquisa Nacional sobre o Perfil do Ciclista Brasileiro, elaborado pela Associação Transporte Ativo em parceria com o Laboratório de Mobilidade Sustentável da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.ta.org.br/perfil/ciclista18.pdf>> Acesso em: 4 jan. 2019.

⁴⁷ Fonte: Pesquisa supracitada, p. 31.

⁴⁸ Fonte: Pesquisa supracitada, p. 31.

⁴⁹ Empresa Brasileira de Planejamento de Transportes. *Planejamento Cicloviário: Diagnóstico Nacional*. Disponível em: <<https://www.ciclocidade.org.br/biblioteca/file/47-planejamento-cicloviario-diagnostico-nacional-geipot>>. Acesso em: 22 maio 2019.

fórum para discussão do Programa Brasileiro de Mobilidade por Bicicleta, visando à edificação de uma política sólida de expansão do transporte ciclovitário no Brasil.

A transformação do espaço urbano e a redução das desigualdades sociais pelo uso desigual e injusto do solo, bem como a reformulação da ênfase dada ao transporte individual motorizado são motes para a elaboração de um Caderno de Referência para elaboração de um Plano de Mobilidade por Bicicleta nas Cidades, publicado em 2007.

Em 2007, o Ministério das Cidades publica o Caderno de Referência para a Elaboração de um Plano de Mobilidade por Bicicleta nas Cidades, pretendendo fomentar uma política de mobilidade urbana baseada em princípios como a inclusão social, sustentabilidade ambiental, gestão participativa e equidade no uso do espaço público.

Neste Caderno delinea-se um quadro da política de mobilidade urbana no Brasil à época, um panorama sobre o uso da bicicleta, bem como um roteiro para elaboração de projetos ciclovitários nas cidades, inclusive com a integração do modal com os outros meios de transporte, o que aumenta o raio de abrangência de uso do veículo a médias e longas distâncias, assim como reduz custo dos deslocamentos, acabando por beneficiar a grande parcela da população de menor renda.

O Caderno ainda nos informa que a bicicleta é vista como o veículo dos “excluídos sociais”, sequer lhe sendo reconhecido o *status* de modo de transporte pela população à época em que editado o documento. Considerada invisível, por quase não ser poluente e por ocasionar quase nenhuma poluição sonora, teve sua importância nos deslocamentos diários da população desconsiderada e ofuscada pelo massivo uso do automóvel, tornado símbolo de *status social* por intensas propagandas e apoio governamental.

A pressão socioeconômica, no entanto, pela revisão do excesso de viagens motorizadas, seja por questões ambientais, financeiras ou sociopolíticas, relançou um novo olhar sobre o uso do modal, com a consequente revisão do desenho urbano para seu integral acolhimento. Segundo o caderno de referência para elaboração do Plano de Mobilidade por Bicicleta nas Cidades (2007, p. 16), “a cidade não pode ser pensada como, se um dia, todas as pessoas fossem ter um automóvel”, o que levou, inclusive, a União a criar programas para fomento a projetos de sistema de deslocamento não motorizados (a pé ou por bicicleta).⁵⁰

Coelho Filho e Saccaro Júnior (2017, p. 10) afirmam que a partir de 2004 houve um grande avanço em políticas públicas ciclovitárias, especialmente com o fortalecimento de associações cicloativistas, como a União de Ciclistas do Brasil, fundada em 2007,

⁵⁰ “1- Programa de Mobilidade Urbana, através da ação Apoio a Projetos de Sistemas de Circulação Não Motorizados, com recursos do Orçamento Geral da União – OGU; 2- Programa de Infraestrutura para Mobilidade Urbana – Pró-Mob, através de modalidades que apoiam a circulação não motorizada (bicicleta e pedestre), para financiamento com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)”. In: *Programa Brasileiro de Mobilidade por Bicicleta – Bicicleta Brasil*. Caderno de referência para elaboração de Plano de Mobilidade por Bicicleta nas Cidades. Brasília: Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana, 2007. Disponível em: <http://www.intt.gov.br/repositorio/biblioteca/texto_relacionados/Livro_20Bicicleta_20Brasil.pdf> Acesso em: 21 maio 2019.

mas, em 2009, o governo federal recuou ao novamente retomar o estímulo a políticas públicas rodoviaristas, com políticas fiscais diferenciadas para compra de automóveis:

Há uma incompatibilidade de discursos de mobilidade entre o rodoviarismo e o cicloativismo. Esta disputa de discursos fica evidenciada no governo federal, com avanços para visão cicloativista a partir de 2004, com o Programa Bicicleta Brasil, e retrocessos a partir do ano de 2009 com fortalecimento da visão rodoviarista e estímulo econômico e fiscal para compra de automóveis pelo governo federal, com destaque para a diminuição do imposto sobre produtos industrializados (IPI). A concentração de esforços governamentais na promoção do rodoviarismo, do ponto de vista das políticas públicas, não pode ser justificada, uma vez que os modos ativos e coletivos de transporte motorizado compõem a maioria das viagens, como mostrado anteriormente (NOBRE, 2010, p. 15).

Com o “Programa de Aceleração de Crescimento 2” voltado para as médias cidades, em 2012, Belloto *et al.* (2014) sustentam que houve a formulação de 24 propostas, dentre 63 apresentadas, relativas à criação de ciclovias e/ou ciclofaixas como itens de investimento.

Apesar de haver investimentos financeiros dos diversos entes federativos em infraestrutura cicloviária, sob a pressão da sociedade civil também, a denominada “onda bike” também recebeu estímulo ao desenvolvimento por parte de entidades financeiras, disseminando estratégias de *marketing* ecológico, como símbolo de sustentabilidade.

Duas instituições financeiras foram pioneiras nestes projetos no Brasil: o Banco Itaú com o compartilhamento das “laranjinhas” e o Banco Bradesco também com as bicicletas do sistema denominado “ciclo sampa” e o estímulo ao cicloturismo local, através da separação de faixas cicláveis, nos fins de semana, em avenidas e parques municipais.

Tais projetos acabaram por dar maior visibilidade à bicicultura, havendo, no entanto, sérios questionamentos sobre ferimentos às regras gerais de licitação e de malversação do espaço na cidade que seria conferido a um oligopólio formado pelas instituições financeiras, em mais um processo de “financeirização” do solo e a mercadoria espaço urbano⁵¹.

O fato de haver exploração da cidade, pertencente à coletividade, como a publicidade feita por meio de placas com o nome da sociedade empresária parceira, em troca de conservação de praças, canteiros e outros espaços públicos, quando se estão em jogo contraprestações muito mais lucrativas como o aluguel cobrado pelo

⁵¹ Compartilhamento de bicicletas: prefeitura à mercê do setor privado? Disponível em: <<http://ag.jor.br/blog/2016/02/02/contrato-bikesharing-itaubradesco/>>. Acesso em: 15 set. 2019.

sistema de *bike sharing*, demonstra que há malversação do espaço público através de instrumentos normativos firmados pelo Poder Público.

Também é alvo de críticas a edição de decretos municipais casuísticos e genéricos para lidar com a exploração de publicidade em espaços públicos por partes destas instituições financeiras sob o fundamento de que pressões político-partidárias poderiam influir sobre a continuidade dos serviços, caso algum candidato eleito não fosse estimulador do sistema de compartilhamento de bicicletas.

A este fenômeno, Rolnik (2015, p. 225) chama de “novas formas de financiamento municipal”:

A literatura sobre o impacto do neoliberalismo nas políticas urbanas identificou a emergência do chamado “empreendedorismo municipal” como resposta local à erosão da base econômica e fiscal das localidades em função dos processos de reestruturação produtiva e ajuste fiscal. Os governos das cidades abandonaram a visão administrativa predominante nos anos 1960 em direção a uma ação “empreendedora” nos anos 1970 e 1980. De um lado, as cidades foram envolvidas por um ambiente geoeconômico marcado por caos monetário, movimentos especulativos do capital financeiro, estratégias globais de localização de corporações multinacionais e intensificação da competição entre localidades. Ao mesmo tempo, o retraimento de regimes de bem-estar e de transferências intergovernamentais impôs limites ao financiamento das políticas urbanas. Por outro lado, os programas neoliberais de desregulação, privatização do gasto público também penetraram na agenda dos governos locais, o que transformou suas políticas urbanas em verdadeiros laboratórios, com experimentos que vão do marketing de cidades a zonas especiais de promoção econômica, megaprojetos globais e organizações locais de desenvolvimento urbano.

Ações integradas da sociedade civil cicloativista, juntamente com as demais pautas de luta urbana como moradia, saúde e defesa do meio ambiente também são importantes catalisadoras de avanços na institucionalização das políticas cicloviárias.

Especialmente em relação à proteção do meio ambiente (art. 225, *caput*, da Constituição da República Federativa de 1988), as bicicletas são consideradas veículos de baixo impacto ambiental, e, de acordo com Coelho Filho e Saccaro Júnior (2017, p. 13), emitem apenas “21kg de CO₂ por passageiro por quilômetro transportado”, enquanto um “carro sedan”, acrescido da infraestrutura rodoviária para sua locomoção, “emite 239kg de CO₂ por passageiro por quilômetro”.

Neste tocante, é um modal de transporte que vai de encontro às metas da Política Nacional de Mudança Climática, que visam à compatibilização do desenvolvimento

econômico-social com a proteção do sistema climático e à redução das emissões antrópicas de gases de efeito estufa em relação às suas diferentes fontes, conforme expressa a Lei nº 12.187/2009, em seu artigo 4º, incisos I e II.

Já em 2008, o Plano Nacional de Mudança de Clima elaborado pelo governo Federal (2008, p. 83) consignava que o estímulo ao uso do modal bicicleta através do projeto do Ministério das Cidades denominado de "Bicicleta Brasil" reduziria impactos ambientais no setor de transportes, devendo ser revertida a predominância rodoviária de mobilidade, de viagens motorizadas.

No final do ano de 2018, a Lei nº 13.724 instituiu o Programa Bicicleta Brasil, sob coordenação do denominado Ministério das Cidades, para incentivar a inserção da bicicleta como modal de transporte nas cidades com mais de vinte mil habitantes, o que também representa um avanço no intuito de fomento da bicicultura⁵². A bicicleta foi legalmente reconhecida como "meio de transporte econômico, saudável e ambientalmente adequado"⁵³.

Gize-se que o apoio previsto para inserção das bicicletas nas cidades com mais de 20 mil habitantes, torna-se uma obrigação no que tange às cidades com mais de quinhentos mil habitantes, em que deve haver obrigatoriamente a previsão da implantação de ciclovias e promoção do transporte cicloviário em atendimento ao que é exigido pelo art. 41 da Lei nº 10.257/2001, no que tange ao plano de transporte urbano integrado⁵⁴.

O referido diploma legal, na verdade, acabou por reafirmar o fato de que, em cidades pequenas e médias, em geral, já há intensa utilização do modal em apreço, especialmente se consideramos a quase que inexistência de transporte coletivo urbano em várias cidades brasileiras.

De acordo com a Lei nº 13.724/2018, a União deverá apoiar os estados e municípios na construção de toda a infraestrutura cicloviária, bem como na instalação de bicicletários públicos e equipamentos de apoio ao usuário, promovendo ainda a integração do modal aos modais de transporte público coletivo⁵⁵.

Os atores envolvidos neste processo de estímulo à implantação de infraestrutura cicloviária foram órgãos governamentais e organizações não governamentais com atuação relacionada ao uso da bicicleta como meio de transporte e lazer e por sociedades empresárias que atuem no setor produtivo ligado ao modal⁵⁶, sendo que os dois últimos atuarão em regime de contratação ou parceria público-privada.

O dever de estímulo ao desenvolvimento de uma educação e conscientização sobre a mobilidade urbana também foi trazido a comento na lei em apreço, especialmente quando se instaura como uma das diretrizes à necessidade de

⁵² Lei nº 13.724/2018. Instituiu o Programa Bicicleta Brasil (PBB) para incentivar o uso da bicicleta visando à melhoria das condições de mobilidade urbana. Arts. 2º e parágrafo único, inciso I, em especial.

⁵³ Art. 3º, inciso III.

⁵⁴ Art. 5º, parágrafo único da Lei nº 13.724/2018.

⁵⁵ Art. 3º, inciso I e II.

⁵⁶ Art. 4º, parágrafo 1º, incisos I, II e III.

“conscientização da sociedade quantos aos efeitos indesejáveis da utilização do automóvel nas locomoções urbanas” e ao objetivo de “implantar políticas de educação para o trânsito que promovam o uso da bicicleta e a sua boa convivência com os demais modais”⁵⁷.

Como nenhum programa pode ser criado sem o devido substrato operacional econômico e financeiro, os recursos contemplados no caso foram parcelas dos recursos da CIDE-combustíveis, a ser ainda regulamentada, dotações específicas dos orçamentos de União, estados e municípios e Distrito Federal, bem como contribuições e doações de pessoas físicas ou jurídicas, entidades e organismos de cooperação nacionais ou internacionais⁵⁸.

Infelizmente houve veto ao artigo da lei que reservava 15% dos recursos arrecadados com multas de trânsito, o que disponibilizaria cerca de 1 bilhão por ano ao programa⁵⁹.

O veto baseou-se em argumentos eivados de retrocesso social, inicialmente consignando que não haveria relação de causas e efeitos entre o programa e a aplicação de multas. Exclusivamente atribuiu-se às verbas arrecadadas à sinalização, engenharia de tráfego e de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito (art. 320 da Lei nº 9503/97).

Ora, se o trânsito contempla a utilização de bicicletas⁶⁰, consideradas veículos de passageiros, elas também estão regidas pelas disposições do Código de Trânsito Brasileiro e, conseqüentemente, as verbas arrecadadas deveriam ser utilizadas para os diversos aspectos de utilização do modal. No mínimo, o veto peca por desconhecer a noção de tráfego ou fingir que desconhece.

Além disso, como razão de veto, o Chefe do Executivo federal consignou que poderia haver um possível “enfraquecimento dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, com o comprometimento de valores destinados a cobrir os custos e despesas com rotinas e procedimentos relativos à atuação das infrações, podendo se acarretar insuficiência e conseqüente sensação de impunidade”.

Ocorre que, se não houver regulamentação no que concerne a parcelas dos recursos da CIDE-combustíveis, conforme previsto no Programa, uma das fontes de financiamentos já restará bastante prejudicada o que, em se tratando de Brasil, não é difícil, pois várias leis remanescem sem aplicação por falta de atuação regulamentadora do Poder Executivo.

⁵⁷ Art. 2º, parágrafo único, inciso VI e art. 3º, IV.

⁵⁸ Art. 6º, incisos I, II e III.

⁵⁹ Observemos que o artigo do projeto de Lei nº 83/2007, que mudava o código de trânsito justamente para prever essa destinação ao programa em questão também foi vetado.

⁶⁰ Art. 1º, parágrafo 1º, da Lei nº 9503/1997: “Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga”.

6. A bicicleta e sua importância para a qualidade de vida e para a economia em geral no Brasil

Ao contrário do que inicialmente possamos pensar, a simplicidade e praticidade do modal bicicleta está cada vez mais sendo estudada no que tange a sua inserção na economia brasileira, em consonância com o que dispõe o art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em especial no que concerne à valorização do trabalho humano, melhoras na condição de dignidade da nossa existência, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais e ajuda na busca do pleno emprego⁶¹.

Em recente estudo de julho de 2018, o Laboratório de Mobilidade Sustentável da Universidade Federal do Rio de Janeiro (LABMOB/UFRJ) e a Associação Brasileira do Setor de Bicicletas (Aliança Bike) desenvolveram pesquisas acerca do mapeamento e monetização do complexo econômico representado pela bicicleta⁶².

Em relação aos gastos com mobilidade urbana, que, no Brasil representam em média quase 20% dos gastos da renda média mensal de uma família que vive na área urbana⁶³, o estudo supracitado demonstrou que há grande economia pelo uso da bicicleta em análise de hábitos de deslocamento em cinco grupos familiares, que variam de rendas superiores a 20 salários-mínimos entre rendas de 1 a 2 salários-mínimos:⁶⁴

A realização de estudo de caso com cinco famílias na região metropolitana do Rio de Janeiro estimou que a economia no orçamento de uma família de classe A que usa a bicicleta como meio de transporte no lugar do Uber, por exemplo, pode chegar a R\$10.032 ao ano. Também se verificou que R\$12.831,68 é a economia média no orçamento de uma família em que ao menos um dos membros trocou o carro pela bicicleta.

Ora, uma economia média anual de cerca de 12 mil reais em uma renda mensal familiar em lares mais abastados já é bastante significativa, mas num núcleo familiar de renda mensal de 1 a 2 salários-mínimos mensais tal média anual é extremamente representativa da importância da utilização da bicicleta para a mobilidade urbana.

⁶¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 170, *caput* e incisos, *verbis*:

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego";

⁶² Fonte: Estudo Economia da Bicicleta no Brasil. Disponível em: <[http://www.aliancabike.org.br/assets/docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2019.

⁶³ Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa de Orçamentos Familiares 2008-2009. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv45130.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

⁶⁴ p.4.

Conforme havíamos inicialmente previsto, a bicicleta é mais utilizada por famílias de renda salarial mais baixa, pela falta de acesso financeiro e material efetivos à mobilidade urbana por outros modais, o que, no nosso entender, é uma situação extremamente vexatória em nosso país, corroborando a intensa exclusão social aqui presente.

Nestes domicílios, a bicicleta é a única opção existente para se locomover pelo território da cidade, juntamente com o deslocamento peatonal, o que está totalmente em dissonância com o que é preconizado com a Lei nº 12587/2012, no que tange à acessibilidade universal e à equidade no acesso dos cidadãos ao transporte público coletivo⁶⁵.

A bicicleta não deve ser vista como uma imposição, mas sim como uma opção saudável e menos poluente para deslocamentos de média e curta distância em condições climáticas favoráveis no dia a dia. Um ser humano jamais deveria ser obrigado a utilizar qualquer modal de transporte por falta absoluta de condições materiais para se valer de um modal mais eficiente ao contexto do deslocamento que pretende alcançar, pois isto fere inegavelmente a dignidade ínsita a sua condição⁶⁶.

Em domicílios em que há mais condições financeiras, a bicicleta é utilizada como “opção de modal”, muitas vezes por desenvolvimento de uma conscientização ambiental e social sobre seu uso e pelos integrantes desta casa estarem mais perto das centralidades, em perímetros cicláveis de até 8 quilômetros, o que se coaduna, inicialmente, com a previsão de uso do modal nos estudos de mobilidade.

Como inicialmente inferíamos de nossa observação da realidade, estas foram também as conclusões alcançadas no estudo em comento⁶⁷:

Entre os casos estudados, cabe observar que a participação semanal do uso da bicicleta tende a ser maior nas famílias de mais baixa renda do que nos estratos mais altos. Essa constatação está em consonância com outros estudos realizados sobre o uso da bicicleta como meio de transporte no Brasil, como é o caso da Pesquisa Perfil do Ciclista Brasileiro, realizada em 2015.

Os casos das famílias D e E, que apontaram não dispor de outro meio de locomoção senão a bicicleta, diferem dos demais casos na medida em que a utilização de modais alternativos é mais presente nos estratos mais altos.

A explicação mais plausível é o fato de que as três faixas de renda mais elevadas, tendo em vista também seus locais de moradia,

⁶⁵ Lei nº 12587/2012. Art. 5º, inciso I e III.

⁶⁶ Ver notícia do Jornal O Globo de 03/07/2017 denominada “Para economizar, professor da FAETEC percorre 70km de bicicleta para ir ao trabalho”, em que um professor, por falta de pagamento de seus vencimentos pelo Estado do Rio de Janeiro, pedala do município de Seropédica até a Escola Técnica em Nova Iguaçu. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/emprego/para-economizar-professor-da-faetec-percorre-70km-de-bicicleta-para-ir-ao-trabalho-21547962>>. Acesso em: 13 jan. de 2019.

⁶⁷ p. 91-92.

situados em áreas mais centrais, dispõem de maiores recursos financeiros e alternativas de transporte do que os dois domicílios menos favorecidos.

Além disso, é importante destacar que a bicicleta, para as famílias de mais alta renda, tende a simbolizar a opção por um estilo de vida determinado, *enquanto para os estratos mais baixos ela pode tratar-se de uma solução para os deslocamentos diários dadas as restrições orçamentárias e/ou de infraestrutura de transporte público dos locais em que residem.* (grifo nosso)

De fato, no Brasil, calcula-se que haja cerca de oito milhões e trezentos mil ciclistas (4% da população)⁶⁸ e o perfil apurado deste público no ano de 2018⁶⁹ é de geralmente homens que têm 25-34 anos, que concluíram o ensino médio e recebem até dois salários-mínimos, pedalam até 30 minutos até seu destino principal, que, na maior parte das vezes, é o trabalho (75.8% dos deslocamentos). Quase 83% dos entrevistados pedalam 5 dias ou mais por semana.

A motivação para começar a utilizar a bicicleta como modal de transporte foi preponderantemente a rapidez e praticidade (38,4% dos entrevistados), seguido de custo do transporte público (22,1%) e a preocupação com a saúde (25,8%).

A consciência ambiental ainda é relativamente baixa (3.5%) como motivação, dado que pode ser atribuível ao baixo nível de escolaridade apresentado pela média dos ciclistas. Além disso, a noção de solidariedade como limitadora da atuação de gerações atuais em relação ao meio ambiente e preocupação com as gerações futuras ainda é uma muito afastada de nossa realidade social, extremamente calcada no referencial individualista para o qual falta ainda falta o básico necessário à vivência minimamente aceitável.

Marques (2012, p. 3-8) assim dispõe sobre a temática da solidariedade em termos da proteção ao meio ambiente:

Além da preocupação em garantir as escolhas futuras, parece necessário superar o paradigma moderno sujeito-objeto, introduzindo uma concepção dialética homem-natureza de modo que o domínio e a exploração de um sobre o outro sejam substituídos por uma lógica sustentável, e, assim, o acesso equitativo aos recursos seja garantido para o futuro.

[...]

⁶⁸ Fonte: Estudo Economia da Bicicleta no Brasil. Disponível em: <[http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf)> Acesso em: 12 jan. 2019, p. 143.

⁶⁹ Fonte: Pesquisa Perfil do Ciclista 2018. Disponível em: <<http://www.ta.org.br/perfil/perfil18.pdf>> Acesso em: 13 jan. 2019.

Numa perspectiva mais pragmática, o dever de ser solidário para com os outros em razão de sermos humanos, reflete a tentativa de alargar o que se entende por *nós*. Entretanto, é provável que a humanidade ainda não tenha reconhecido/aceitado a necessidade, ou até mesmo o dever moral, de ser solidária para com aqueles que não promovem benefícios diretos, sejam eles sujeitos existentes ou ainda não existentes. Torna-se, assim, necessária uma transição paradigmática.

Os dois maiores problemas apontados pelo ciclista brasileiro são a ausência de infraestrutura cicloviária (37,9% dos entrevistados) e a segurança no trânsito (40,8%). A motivação para pedalar seria maior com o aumento desta infraestrutura (47,6% dos entrevistados) e da segurança (30,3% dos entrevistados), ou seja, fatores como políticas públicas cicloviárias e educação sobre mobilidade urbana seguidas de penalidades civis mais severas e penais realmente aplicadas poderiam aumentar ainda mais o número de deslocamentos feitos por bicicletas.

A necessidade de interligação entre os modais também restou clara nas pesquisas, bem como a criação da necessária infraestrutura cicloviária, como estacionamento para a bicicleta, facilitando os deslocamentos dos ciclistas que integram os núcleos familiares analisados.

Em termos de benefícios, ou seja, dos impactos diretos e indiretos da economia da bicicleta, a utilização atual do modal evitou a emissão de 1925 milhões de toneladas por ano de emissão de gases poluentes para a atmosfera⁷⁰, o que se alinha ao compromisso assumido pelo Brasil de maior proteção ao meio ambiente e da diminuição de emissão de gases causadores de efeito estufa⁷¹.

No que concerne ao direito à saúde⁷², diversos estudos comprovam que o ciclista geralmente tem melhor capacidade cardiorrespiratória, menor risco de doenças crônicas como o diabetes, infarto, derrame e alguns tipos de câncer, assim como evita quadros de obesidade e melhora casos de distúrbio do sono.

Em termos de saúde psíquica, ao ciclista ocorre aumento de autoestima, humor, percepção de vigor e qualidade do sono, diminuição do nível de ansiedade, além da

⁷⁰ Ver tabela 4 na p. 144 do estudo *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: <[http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2019.

⁷¹ Conferência de Estocolmo, em 1972, Primeira Conferência Mundial do Clima, em 1979, a Eco-92 ou Cúpula da Terra, no Rio de Janeiro, em 1992, a Rio+10 ou Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, em Johannesburgo, em 2002, a Rio+20 ou Conferência da ONU sobre o Desenvolvimento Sustentável, em 2012, Acordo de Paris, de 2015, ratificada pelo Brasil em 2016.

⁷² Constituição da República Federativa do Brasil, art. 196, *verbis*: "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

diminuição da possibilidade de demência e doença de Alzheimer⁷³ e diminuição de episódios de depressão e até a cura desta.⁷⁴

Teixeira (2013, p.30) demonstrou que exercícios aeróbicos regulares, em que se inclui o ciclismo, estão diretamente associados à melhora cognitiva, como fator de indução de neurogênese, “melhorando o desempenho em tarefas que requerem funções executivas, memória operacional e memória espacial”.

A bicicleta também cria diversos postos de trabalho no Brasil, participando de uma rede de atividades econômicas, seja na fabricação de bicicletas e de peças para importação e exportação, comercialização, reparos e aluguel. Estima-se hoje que o Brasil tenha 13.783 pessoas empregadas no varejo e que haja cerca de 99 estabelecimentos que prestam o serviço de aluguel de bicicletas, distribuídos em 24 capitais brasileiras⁷⁵.

Como bem ressaltado no estudo da COPPE/UFRJ (2018, p. 9), uma correta análise da modal bicicleta deve ser multifacetária, sob pena de não o analisarmos da maneira merecida:

A concepção de economia da Bicicleta é vasta e envolve uma rede emaranhada de atividades econômicas. Trabalhar com a ideia de Economia de bicicleta vai além das simples considerações sobre as vantagens econômicas que sua utilização pode trazer ao orçamento doméstico de uma família, ao desenvolvimento local ou, ainda, ao bem-estar individual.

Considerando-se que somente realiza-se 7% de deslocamentos pelo modal, quando poderíamos realizar 40%, caso alcançássemos o patamar ideal, poderíamos ter um aumento considerável de postos de trabalho na dimensão cadeia produtiva referente ao modal.

Outra faceta abordada em termos econômicos é a dimensão das políticas públicas, seja na provisão de infraestrutura cicloviária para implantação de vias cicláveis, bicicletários e paraciclos, seja no compartilhamento de bicicletas públicas. As cidades com mais investimento em infraestrutura cicloviária por habitante são Rio Branco, Vitória, Brasília e Rio de Janeiro, sendo que São Paulo, curiosamente alcança o 11º lugar no ranking. O percentual dos investimentos na malha cicloviária

⁷³ Fonte: estudo *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: <[http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf)> Acesso em: 12 jan. 2019, p.147.

⁷⁴ Ver reportagem do jornal Globo Esporte de 03 de nov. de 2013 denominada de “Estudante deixa remédios de lado e cura depressão com pedaladas, em que a estudante Larissa Paiva afirma ter sido curada da depressão pela prática de ciclismo. Disponível em:

<<http://globoesporte.globo.com/mg/triangulo-mineiro/noticia/2013/11/estudante-deixa-remedios-de-lado-e-cura-depressao-com-pedaladas.html>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

⁷⁵ Fonte: p.3 do estudo *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: <[http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf)> Acesso em: 12 jan. 2019.

é disparadamente maior na região sudeste (51%), seguido pelo Nordeste e centro-oeste com 17%, ambos⁷⁶.

Com o estímulo do recém-aprovado Programa Bicicleta Brasil (Lei nº 13724/2018), de que já tratamos no tópico anterior, sob coordenação do então denominado Ministério das Cidades, para incentivar a inserção da bicicleta como modal de transporte nas cidades com mais de vinte mil habitantes, haverá um incremento de políticas públicas e consequente investimento de milhares de reais, que geram empregos para a mão-de-obra empregada na construção de infraestrutura cicloviária.

No que tange a estacionamento para as bicicletas, este se revela um ponto altamente nevrálgico, pois, na maioria das cidades, ainda se observa que não foi reservado espaço para o modal, sendo acorrentado a postes e grades, perturbando a ordem urbanística e ainda podendo ser objeto de furtos. Este é, sem dúvida, um desafio a ser vencido pelas municipalidades, juntamente com os setores civis envolvidos neste processo de reconhecimento do respeito e espaço do modal em comento na sociedade.

Neste processo de instalação dos estacionamentos, também, há de se preservar o respeito ao deslocamento peatonal, bem como aos demais modais. Os modais de transporte não competem entre si, muito mais se completam e devem ser analisados em conjunto, para que haja integração entre eles. Além disso, há de se observar o espaço de deslocamento das pessoas com mobilidade reduzida, algumas dependentes de cadeiras de rodas, pois a cidade também lhes pertence.

Nesta mesma linha de raciocínio ora trazida à baila, também foi a conclusão do estudo da COPPE/UFRJ:

Da mesma maneira, embora a metodologia empregada não indique um panorama preciso e de escala nacional, é possível perceber que a Infraestrutura de Estacionamento ainda se mostra pouco incorporada às políticas públicas na maioria das cidades. Em muitas delas, a implantação de paraciclos e bicicletários ocorre pela via da iniciativa privada, sendo também utilizada como estratégia de marketing pelo argumento da imagem de sustentabilidade como fator que agregaria valor à marca de algumas empresas. Por outro lado, o estacionamento de bicicletas é realizado, muitas vezes, em locais inadequados, como postes e grades, onde a guarda da bicicleta é feita de forma improvisada. Com isso, apesar da demanda por paraciclos e bicicletários – garantindo segurança e incentivo ao uso da bicicleta –, o poder público investe pouco nesta infraestrutura em grande parte das cidades brasileiras, refletindo a falta de dados mais elucidativos sobre a temática.

⁷⁶ Fonte: p. 55 e 57 do estudo *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: < [http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf) > Acesso em 12 de jan. 2019.

Outro ponto interessante, tratado como serviço público de transporte, foi o sistema público de bicicletas compartilhadas operado por sociedades empresárias do setor privado assim consideradas para o estudo, que hoje estão presentes em 13 capitais do país, com 951 estações e quase dez mil bicicletas, no Nordeste, e, sobretudo, na região Sudeste⁷⁷.

Com a maior criação de infraestrutura cicloviária e maior fomento da bicicultura na sociedade, este sistema pode ganhar ainda maior expressividade, gerando empregos e favorecendo os cidadãos em seus deslocamentos diários.

Ainda no que se refere ao transporte urbano, também relativo ao deslocamento de cargas⁷⁸ no país, para a prestação de serviços, entrega de mercadorias e desenvolvimento de atividades profissionais, demonstrou-se no estudo a importância da participação da bicicleta para fins econômicos em áreas de concentração residenciais e de sociedades empresárias, ou seja, nas centralidades e subcentralidades.

Neste tipo de localidade, tal como o bairro de Copacabana no Rio de Janeiro ou o bairro de Bom Retiro, em São Paulo, o deslocamento motorizado por automóvel, motocicleta e caminhão só serve para congestionar mais as ruas, degradando a qualidade da vida urbana.

Para exemplificar, uma sociedade empresária do bairro Bom Retiro (SP) foi analisada, afirmando empregar 220 funcionários, ter 202 bicicletas e triciclos e ter 2.349 entregas. Uma outra sociedade de São Paulo afirmou ter obtido um faturamento de R\$3.000.000,00 no ano de 2017, gerando 124 empregos diretamente ligados à bicicleta⁷⁹. A rapidez e praticidade do modal associada aos baixos custos de manutenção, foi, sem dúvida, o maior motivo para escolha na consecução das atividades operacionais (87,7% das pessoas jurídicas entrevistadas no bairro *in casu*).

Sendo o Brasil um país extremamente farto de belezas naturais, não se pode desconsiderar ainda seu potencial para o cicloturismo e a realização de eventos esportivos com a bicicleta.

Ainda que de forma incipiente, o estudo da Coppe/UFRJ aponta que segundo o Ministério do Turismo (2012) o cicloturismo foi incentivado em 53 municípios brasileiros, os quais receberam R\$20,2 milhões para a construção de ciclovias entre 2001 e 2011. O faturamento das empresas brasileiras só cresce e há potencial para muito mais.

⁷⁷ P. 65 do estudo *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: <[http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf)> Acesso em: 12 jan. 2019.

⁷⁸ Art. 4º, incisos I e II, da Lei nº 12587, de 03 de janeiro de 2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, *verbis*:

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Transporte urbano: conjunto dos modos e serviços de transporte público e privado utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades integrantes da Política Nacional de Mobilidade Urbana;

II - Mobilidade urbana: condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano;

⁷⁹ p.97 e 99 do estudo *Economia da Bicicleta no Brasil*. Disponível em: <[http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets/_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf)> Acesso em: 12 jan. 2019.

Já mapeadas, há atualmente 24 rotas⁸⁰ de cicloturismo no país, sendo uma das mais expressivas o Circuito de Cicloturismo do Vale Europeu, em Santa Catarina, englobando 09 municípios, numa rota percorrível em média, em 7 dias, com extensão de 287,1 Km com uma média de 2000 visitantes credenciados (estima-se um número maior de visitantes não credenciados).

A estrutura para o cicloturismo ainda é um pouco precária, mas em lugares em que esta estrutura já está mais consolidada, como a Europa, o segmento movimentou 44 bilhões de euros em 2012 e gerou empregos para 524 mil pessoas⁸¹. O Brasil deve, então, fomentar a bicicultura, criar infraestrutura cicloviária e aparelhar os envolvidos no turismo para lidar com o público cicloturista, de forma mais sistematizada, com informações compiladas pelo Ministério do Turismo.

A realização de eventos esportivos no país que envolvem a bicicleta também fomenta a criação de empregos, acesso a lazer e cultura e movimenta a economia em diversos locais, impactando sobretudo a rede hoteleira. No ano de 2016, por exemplo, segundo a Confederação Brasileira de Ciclismo, foram 203 eventos desportivos, com 37.555 participantes, 17 milhões de custos de eventos, cerca de 11 milhões de gastos de hospedagem e pensão e 28 milhões de reais movimentados⁸².

Este estudo sobre que ora nos debruçamos da COPPE/UFRJ tem, sem dúvida, valor inestimável para o desenvolvimento da bicicleta no país, ajudando a angariar o devido respeito e também a desestigmatizar o modal, considerado por muitos indivíduos, de somenos importância. Na verdade, na sua simplicidade ecologicamente e economicamente elegante, a bicicleta é um modal de alta aplicabilidade aos deslocamentos no país, de que dependem muitas pessoas pobres para se locomover, como observamos, e que diminui consideravelmente a poluição no país, além de criar diversos postos de trabalho.

Por ser muito mais barata e acessível, é claro, não interessa a muitos do setor econômico que seja fomentada, pois o automóvel rende muito mais lucros para o capitalismo e para o Estado, na sua ganância tributária. Como vimos, no entanto, paulatinamente esta mentalidade vem sendo superada, porque a cidade deve ser espaço das pessoas e não do capital. Assim, no que concerne à sua aplicabilidade em termos de deslocamento, a bicicleta deve ser estimulada, evitando deslocamento motorizados excessivos e poluentes.

⁸⁰ A saber: Ilha de Marajó (Pará), Jalapão (Tocantins), Sertão Nordestino (Piauí), Chapado do Araripe (Ceará), Rota do Descobrimento (Bahia), Chapada dos Veadeiros (Goiás), Serra da Canastra (MG), Estrada Real (MG), Caminho da Luz (MG), Serra da Mantiqueira (MG), Trilha Verde da Maria Fumaça (MG), Estrada Real (RJ), Volta do Desengano (RJ), Estrada Real (SP), Caminho do Sal (SP), Caminho do Sol (SP), Caminho da Fé (SP), Estrada Petróbrás (SP), Lagamar (Paraná), Estrada da Graciosa (Paraná), Vale Europeu (SC), Costa Verde e Mar (SC), Circuito das Araucárias (SC), Cataratas e Montanhas (RS), Vale dos Vinhedos (RS), Gramado-Canela (RS).

⁸¹ Fonte: Reportagem "Mesmo com pouca estrutura, cicloturismo cresce no Brasil e no mundo". Disponível em: <<https://ciclovivo.com.br/arq-urb/mobilidade/mesmo-com-pouca-estrutura-cicloturismo-cresce-no-brasil-e-no-mundo/>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

⁸² Fonte: p.136 do estudo Economia da Bicicleta no Brasil. Disponível em: <[http://www.aliancabike.org.br/assets_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_\(3\).pdf](http://www.aliancabike.org.br/assets_docs/26_10_2018_19_14_economia_da_bicicleta_(3).pdf)> Acesso em: 12 jan. 2019.

7. Conclusão

Neste artigo, visei a desvelar a pecha que pende sobre a mobilidade urbana de sequer ser tratada como um direito, apesar de já estar inserida na Constituição da República Federativa do Brasil e outros diplomas legais há um bom tempo, além de demonstrar que atualmente, em vários documentos internacionais, sejam eles normativos ou não, tal tema constitui-se em objeto de debate e preocupação intensa, considerando a alta taxa de urbanização já alcançada em todo o mundo e a mobilidade decadente na maioria das cidades.

Abordei o tema de forma multidisciplinar, pois o enfoque sob o prisma único do direito, dissociado de outras ciências e abordagens, empobrece a visão do estudioso, o que pode ser consequência de se conferir uma suposta cientificidade ao Direito, tornando-o, entretanto, asséptico e afastado da realidade social, múltipla por essência. Um emaranhado de leis e verborragias com pouca efetividade, em que o ser humano, a quem se destinam as pesquisas nos vários ramos do conhecimento, encontra-se completamente esquecido.

Sob o enfoque da Teoria Crítica, observei que a cidade, especialmente as localizadas em países semiperiféricos, como o Brasil, é espaço de lutas, de segregação social, em que as benesses materiais e imateriais oferecidas, pertencem somente a poucos indivíduos, em detrimento de uma grande parcela de pessoas totalmente alijadas de qualquer processo de inclusão urbana.

Nesta senda, os novos atores de luta não são mais os trabalhadores das fábricas, a intensa urbanização e a intensa concentração de riqueza na mão de poucos, acaba por criar as cidades e seus novos oprimidos: aqueles que vivem neste espaço atrativo e ao mesmo tempo excludente chamado cidade.

A mobilidade urbana brasileira é calcada nas cidades espaiadas, em que a financeirização da moradia, ou seja, a transformação deste último direito em uma mercadoria altamente valiosa, expulsa as pessoas mais pobres para as áreas mais desprovidas de qualquer equipamento urbano. A cada nova valorização, a cada novo processo de gentrificação, mais são os desprovidos de capacidade econômica expulsos para os confins do espaço urbano, tornando a qualidade de vida mais decadente e indigna.

E um grande ciclo vicioso, então, é formado: sem condição de subsistência para morar em áreas mais centrais, providas da infraestrutura básica, mais o brasileiro se afasta da educação, da saúde, do acesso à educação, do acesso à família, do posto de trabalho, do acesso a ter acesso ao lazer na cidade, à cultura, à vida que não seja aquela descrita em “Morte e Vida Severina”.

Não se forma uma noção de cidadania, não há sentimento de pertencimento ao espaço, uma noção real de solidariedade, uma visão política como espaço de busca por conquistas sociais e avanços. Como se sente excluído em geral do seu direito básico de ir e vir, além de muitos outros, as pessoas contendem entre si, seja no trânsito, seja na arena do exercício dos destinos políticos, seja na vida. Se o espaço urbano é caro,

o meu quinhão virá primeiro, meu automóvel vai passar primeiro, nem que, com isso, haja desrespeito a pedestres e ciclistas, pois a terra, o solo urbano, não lhes pertence.

O impacto de busca por novos territórios lucrativos no pós-guerra para o capital, através da indústria automobilística, acabou por fomentar uma mobilidade urbana intensamente rodoviária em nosso país, que é gerada também pelo espraiamento das cidades e que recria mais difusão da mancha urbana, um processo indesejado no planejamento urbano.

Num país de intensa exclusão social, como demonstrado neste artigo, muitos trabalhadores sequer recebem salários que cubram os gastos com transporte (hoje calculado em 20% dos rendimentos das famílias), sendo alijados do transporte coletivo, de tarifas caras e de condições precárias.

Várias questões influenciam para este transporte coletivo caro e ineficiente: o Poder Público se queda inerte e, não raro, através de administradores corruptos, se mancomuna, muitas vezes, com os grandes empresários do ramo para manter indevidos ajustes que acabam por impactar os valores das tarifas, o que pode ser exemplificado com a fraude na gestão pública no setor de transportes, com severas perdas socioeconômicas no Estado do Rio de Janeiro, apurada pela Assembleia Legislativa local em caso recente no Rio de Janeiro, resultando na prisão do então Chefe do Executivo, Sérgio Cabral.

Outro problema apontado é a inexistência de previsão de um programa como fonte de recurso para o setor de transportes, que existe em muitos países que têm uma boa mobilidade urbana, o que faz com que a população arque com os custos finais totais das tarifas e também das gratuidades em flagrante oneração excessiva.

Uma tributação draconiana de um serviço público essencial pela União e Estados também impacta sobremaneira a tarifa, o que já vem sendo muito questionado por movimentos civis ocorridos no Brasil.

O custo social dessa falta de mobilidade, é claro, grassa no território urbano: nos centros urbanos, não raro, conforme reportagens adunadas a este trabalho, trabalhadores informais dormem pelos chãos das ruas porque não podem economicamente retornar aos seus lares diariamente, acabando por ter sua convivência familiar destruída com o tempo, numa visão de Dante Alighieri sobre a desumanidade no trato do ser humano.

Diversos movimentos civis como a Revolta do Buzu, movimento Passe Livre, Revolta da Catraca insurgiram-se contra a lógica mercantilista conferida à mobilidade urbana brasileira nestas últimas duas décadas, trazendo à tona o quadro de infinita precariedade de acesso a este direito em todo o país. Apesar de os movimentos não terem atingido todas as reivindicações, alcançaram grande êxito, no entanto, em demonstrar que não estávamos inertes diante das barbáries assoladas contra os estudantes, trabalhadores e demais brasileiros em relação a nosso direito de ir e vir, ao nosso acesso ao espaço urbano.

Não podemos olvidar os impactos de uma mobilidade urbana precária na saúde emocional e física dos indivíduos, pois vários estudos demonstram que um deslocamento de mais de uma hora, em média, acaba por gerar estresse e outros problemas físicos, sobrecarregando o sistema previdenciário e de saúde do país.

O número de mortos em acidentes atribuídos à mobilidade essencialmente rodoviária também é gritante, especialmente em relação aos motociclistas, modal extremamente estimulado com estímulos fiscais nas últimas décadas.

Diante de todo este quadro ora descrito, sendo observadores das cercanias em nossos deslocamentos diários, percebemos que a bicicleta vinha progressivamente ganhando novos usuários na cidade em que residio.

Assim, os estudos aqui demonstraram que, na grande maioria de cidades pequenas e médias no país, este modal de transporte já era bastante utilizado, mais uma vez, gize-se pela precariedade do transporte coletivo e pela quase ausência de condições econômicas para pagamento do custo do transporte existente.

Revisões de paradigmas energéticos com as crises mundiais do petróleo, de paradigmas de proteção ao meio ambiente, de padrões urbanísticos, de retomada do espaço urbano para o ser humano e não para o capital, bem como também alterações de paradigmas referentes à mobilidade urbana em si, fizeram com que a bicicleta voltasse ao cenário de inclusão de planejamento urbano.

O modal, que alguns especialistas acreditaram que era fadado ao desaparecimento pelas novas tecnologias, é incluído em políticas públicas de mobilidade urbana por ser pouco poluente, econômico e acessível à maior parte das pessoas.

Para muitos brasileiros, este é o único modal de transporte com que podem contar para deslocamentos na cidade, como vimos no estudo de hábitos de família do Rio de Janeiro. Se não fosse a bicicleta, ficariam os componentes do núcleo familiar completamente tolhidos em termos de mobilidade.

Atualmente, movimentos civis cicloativistas impulsionam a edição de leis, que, para sua execução, sua aplicação no mundo fático, dependem de políticas públicas, ou seja, políticas sociais com metas organizadas, que devem ser reavaliadas e continuamente fiscalizadas.

Estas políticas inicialmente vinham precipuamente da União, detentora de maior capacidade informacional e até mesmo econômica. A União atua como fomentadora do desenvolvimento da estrutura cicloviária em Estados e, principalmente, nas municipalidades, que detêm menor capacidade econômica e informacional em regra.

No Brasil, conforme demonstrado, há intermitência no estímulo à aquisição de veículos automotores, em detrimento do transporte coletivo urbano e do fomento do deslocamento pelas bicicletas e pelo deslocamento peatonal.

Apesar desta intermitência, o número de políticas públicas para criação de infraestrutura cicloviária progressivamente aumenta, especialmente forçada por

movimentos civis cicloativistas, altamente engajados em obter respeito a um modal tão útil em nossa sociedade.

Consideramos que estamos no meio desse processo, avançando. Além da luta dos que pedalam diariamente em condições ainda inóspitas, seja por prazer, seja por falta de dinheiro para pagar a passagem ou ainda pela preservação da saúde, já temos diversos administradores públicos e estudiosos que apoiam a revisão deste rodoviarismo inerte e asfixiante brasileiro.

Estamos, decerto, num “pedalar” sem volta rumo à ciclomobilidade.

Referências

AG JORNALISMO CIDADE E DIREITOS HUMANOS. Compartilhamento de bicicletas: prefeitura à mercê do setor privado? Disponível em: <<http://ag.jor.br/blog/2016/02/02/contrato-bikesharing-itaubradesco/>>. Acesso em 15 set. 2019.

AIETA, Vânia Siciliano (Org.). *Direito da Cidade*. Tomo I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

_____. *Direito da Cidade*. Tomo II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES URBANOS. Por Jaime Lerner e Arquitetos Associados. *Avaliação Comparativa das Modalidades de Transporte Público Urbano*. Curitiba, 2009. Disponível em: <<https://www.ntu.org.br/novo/upload/Publicacao/Pub635109537433018893.pdf>> Acesso em: 4 jan. 2019.

BALBIM, Renato; KRAUSE, Cleandro; LINKE, Clarisse (Orgs.). *Cidade e movimento: mobilidades e interações no desenvolvimento urbano*. Brasília: Ipea; ITDP, 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28489&Itemid=406>. Acesso em: 14 de maio 2018.

BECK, Ulrich. *A sociedade de risco: rumo à uma modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 23-60.

BELLO, Enzo; KELLER, René José. *Curso de Direito à Cidade: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

_____; PAROLA, Giulia; TOLEDO, Bianca Rodrigues (Orgs.). *Direito à Cidade: regularização fundiária*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/34937158/Direito_à_Cidade_regulariza%C3%A7%C3%A3o_fundi%C3%A1ria>. Acesso em: 12 de out. 2019.

_____. O pensamento descolonial e o modelo de cidadania do novo constitucionalismo latino-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2015. p. 49-61. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.71.05>>. Acesso em: 7 jan. 2019.

_____; GODOY, Arion Escorsin de. Cidadania e acesso à justiça no espaço urbano: um estudo empírico da atuação da Defensoria Pública na luta pela moradia na cidade

do Rio de Janeiro. In: *Revista dos Tribunais Rio de Janeiro*, vol. 3, p. 1-17, 2014. Disponível em: <<https://cidadaniacritica.files.wordpress.com/2015/09/artigo-enzo-arion-rtrjr-2014.pdf>>. Acesso em: 12 de out. 2019.

_____. *A cidadania na luta política dos movimentos sociais urbanos*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2013.

_____. *A Cidadania no constitucionalismo Latino-americano*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2012.

BELLOTO, José *et al.* *A cidade em equilíbrio: contribuições teóricas ao 3º Fórum Mundial da Bicicleta*. Curitiba: UFPR, 2014. Disponível em: <<http://www.ciclovida.ufpr.br/wp-content/uploads/2015/10/Cidade-em-Equil%C3%ADbrio.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BIANCO, Sérgio Luiz. O papel da bicicleta para a mobilidade urbana e a inclusão social. In: *Revista dos Transportes Públicos*, vol. 25, nº 100, p. 167-176, jul./set. 2003.

BOARETO, Renato (Org). *A bicicleta e as cidades: Como inserir a bicicleta na política de mobilidade urbana*. 2ª ed. São Paulo: Instituto de Energia e Meio ambiente, 2010.

BORJA, Jordi; MUXÍ, Zaida. *El espacio público: ciudad y ciudadanía*. Barcelona: Electa, 2003.

BRASIL. *Lei nº 9503, de 23 de setembro de 1997*. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Diário Oficial da União, 24 de janeiro de 1997.

_____. *Lei nº 10257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 de 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá providências. Diário Oficial da União, 17 de julho de 2001.

_____. *Lei nº 10683, de 28 de maio de 2003*. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 29 de maio de 2003.

_____. *Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012*. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Diário Oficial da União, 4 de janeiro de 2012.

_____. *Lei nº 13089, de 12 de janeiro de 2015*. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a lei nº 10257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 de janeiro de 2015.

_____. *Plano Nacional sobre mudança do clima*, 2008. Disponível em m:<http://www.mma.gov.br/estruturas/smcq_climaticas/_arquivos/plano_nacional_mudanca_clima.pdf>. Acesso em: 13 de out. de 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari *et al.* (Org.). *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001.

_____. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Laura Dallari et al. (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

Câmara Brasileira da Indústria da Construção. *Por uma nova cultura urbana: guia ilustrado*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://cbic.org.br/migracao/sites/default/files/cartilha_cii.pdf> Acesso em: 4 jan. 2019.

CARTA DA CIDADE DO MÉXICO. *O direito a construir a cidade que sonhamos*. Disponível em: <<http://base.d-p-h.info/pt/fiches/dph/fiche-dph-8584.html>>. Acesso em: 12 out. 2019.

CARTA DE MONTREAL DE DIREITOS E RESPONSABILIDADES. Disponível em: <http://ville.montreal.qc.ca/pls/portal/docs/PAGE/CHARTE_MTL_FR/MEDIA/DOCUMENTS/CHARTE_PORTUGAISE.PDF>. Acesso em: 12 out. 2019.

CARTA EUROPEIA PARA A SALVAGUARDA DOS DIREITOS HUMANOS NA CIDADE: Disponível em: <<http://lisboasolidaria.cm-lisboa.pt/451700/1,000182/index.htm>> Acesso em: 28 maio 2019.

CITIES FOR MOBILITY. *Agenda 21 for mobility*. Disponível em: <https://www.uclg.org/sites/default/files/EN_480_agenda_21_for_urban_mobility_english.pdf>. Acesso em: 7 maio 2019.

COELHO FILHO, Osmar; SACCARO JUNIOR, Nilo Luiz. *Cidades Cicláveis: Avanços e Desafios das Políticas Cicloviárias no Brasil*. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2017. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/170307_td_2276.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

COELHO JUNIOR, Euelinton; VILAS, Genivaldo Teixeira; PEREIRA DA SILVA, Karem Khetllen et al. Impactos positivos das implementações de ciclovias, ciclofaixas e faixas compartilhadas no município de São Paulo. Anais... In: *Encontro Internacional sobre Gestão Empresarial e Meio Ambiente*, XVII, 2015. Disponível em: <<http://engemausp.submissao.com.br/17/anais/arquivos/220.pdf>> Acesso em 13 jan. 2019.

CORREA, Roberto Lobato. *O espaço urbano*. São Paulo: Editora Ática. 1989.

DE SÁ, Thiago Hérick et al. Diferenças socioeconômicas e regionais na prática do deslocamento ativo no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, vol. 50, nº 37, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v50/pt_0034-8910-rsp-S1518-87872016050006126.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

DUARTE, Fábio; LIBARDI, Rafaela; SÁNCHEZ, Karina. *Introdução à mobilidade urbana*. Curitiba: Juruá, 2008.

EMPRESA BRASILEIRA DE PLANEJAMENTO DE TRANSPORTES. *Manual de Planejamento Cicloviário*. 3ª ed. rev. e ampl. Brasília: GEIPOT, 2001. Disponível em: <<http://projects>>

mcrit.com/tiete/attachments/article/291/Manual%20de%20planejamento%20ciclovi%C3%A1rio%20-%20GEIPOT%20-%202001.pdf >. Acesso em: 22 maio 2019.

_____. *Planejamento Cicloviário*: Diagnóstico Nacional. Disponível em: <<https://www.ciclocidade.org.br/biblioteca/file/47-planejamento-cicloviario-diagnostico-nacional-geipot>>. Acesso em: 22 maio 2019.

FAGNANI, Eduardo. *Mobilidade urbana e subdesenvolvimento*: soluções paliativas para problemas estruturais. Unicamp: Instituto de Economia. n° 302. Campinas, 2017. Disponível em: <www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=3531&tp=a>. Acesso em 16 set. 2019.

FARRET, Ricardo. *O espaço da cidade*. São Paulo: Projeto Editores Associados. 1985.

FLORES, Ramiro et al. *Ciclo-inclusión en América Latina y el Caribe*: guía para impulsar el uso de la bicicleta. Disponível em: <https://publications.iadb.org/handle/11319/6808?sc_ope=123456789/1&thumbnail=true&rpp=5&page=1&group_by=none&etal=0#sthash.j7gAt6yv.dpuf>. Acesso em: 17 set. 2019.

FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. *Carta Mundial pelo Direito à Cidade*. V Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2019.

GOMIDE, Alexandre de Ávila. *Transporte Urbano e Inclusão Social*: Elementos para Políticas Públicas. Texto para discussão n° 960. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4191>. Acesso em 30 out. 2019.

GREENPEACE. *As lições da Política Nacional de Mudança do clima*. Brasília: Greenpeace, 2013. Disponível em: <<http://www.greenpeace.org/brasil/Global/brasil/image/2013/Novembro/relatório%20pnmc%20final.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019.

HANSEN, Weobtaina Hansen. How accessibility shapes land use. *Journal of American Institute of Planners*, vol. 25, n° 2, 1959.

HARDING, Alan; BLOKLAND, Talja. What is Urban Theory? In: _____; _____. *Urban theory: a critical introduction to power, cities and urbanism in the 21st century*. London: Sage, 2014. p. 1-22.

HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. *The right to the city*. Disponível em: <<file:///C:/Users/facoelho/Downloads/David%20Harvey,%20The%20Right%20to%20the%20City,%20NLR%2053,%20September-October%202008.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2018.

_____; MARICATO, Erminia; ŽIŽEK, Slavoj; DAVIS, Mike et. al. *Cidades Rebeldes*: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

HIERNAUX, Daniel. Projectos que dividem, cidades que segregam. In: _____. *Ciudades latinoamericanas: Desigualdad; segregación y tolerância*. Buenos Aires: CLACSO, 2014. p. 253-276. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140505032950/CiudadesLatinoamericanas.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2019.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor Wiesengrund. *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

HOW Amsterdam became the bicycle capital of the world. *The Guardian*, Londres, 5 maio 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/cities/2015/may/05/amsterdam-bicycle-capital-world-transport-cycling-kindermoord>>. Acesso em: 16 set. 2019.

IBGE. Censo demográfico 1940-2010. Até 1970 dados extraídos de: Estatísticas do século XX. Rio de Janeiro: IBGE, 2007. (Anuário Estatístico do Brasil, 1981, vol. 42, 1979).

_____. *Áreas Urbanizadas do Brasil*. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv100639.pdf>>. Acesso em 17 de abr. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Sistema de Indicadores de Percepção Social*. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3097/1/Livro_Sistema%20de%20indicadores%20de%20percep%C3%A7%C3%A3o%20social%20%28SIPS%29_1%20ed.pdf>. Acesso em: 8 maio 2019.

_____. *Comunicado 128: a nova lei de diretrizes da política nacional de mobilidade urbana*. Brasília: Ipea, 2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120106_comunicadoipea128.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2019.

_____. *Texto para discussão*. Planos de mobilidade urbana: instrumento efetivo da política pública de mobilidade? Brasília: Ipea, 2015. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5274/1/td_2115.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2019.

JENNINGS, Andrew *et al.* *Brasil em jogo: o que fica da Copa e das Olimpíadas*. São Paulo: Boitempo, 2014.

KELLER, Rene José. *Direitos emergentes e cidadania: as lutas sociais urbanas por emancipações no cotidiano do capital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MARICATO, Ermínia. O Ministério das Cidades e a política urbana no Brasil: quais as ações do Ministério desde sua criação, os problemas e desafios enfrentados. *Revista AU - Arquitetura e Urbanismo*, nº 156. São Paulo: PINI, 2007. p. 64-65. Disponível em: <<http://www.revistaau.com.br/arquitetura-urbanismo/156/artigo44395-1.asp>>. Acesso em: 27 abr. 19.

_____. *Para entender a crise urbana*. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

MARQUES, Clarissa. Meio ambiente, solidariedade e futuras gerações. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito-UFC*, Fortaleza: 2012. p. 37-56. vol.32, nº 2, 2012. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/350/332>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

MOTA, Maurício; MOURA, Emerson Affonso da Costa. *O direito fundamental de propriedade e a função socioambiental nas cidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 89-161.

MUNICÍPIO DE NITERÓI. *Programa Niterói de Bicicleta*: Relatório da contagem automática de ciclos/2017. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1bx2KYyi3-dcZyCzjeyck47k1LZFckmYwP/view>>. Acesso em 8 maio 2019.

_____. *Programa Niterói de Bicicleta*: Relatório Preliminar sobre as bicicletas na cidade de Niterói. Disponível em: <http://www.niteroidebicicleta.rj.gov.br/images/arquivos/Relatorios_pesquisas/20141207%20Relatrio%20Preliminar%20Sobre%20As%20Bicicletas%20Na%20Cidade%20De%20Niteri.pdf>. Acesso em: 8 maio 2019.

NIGRIELLO, Andreina. *O Valor do solo e sua relação com a acessibilidade*. Dissertação. COPPE/UFRJ, RIO DE JANEIRO, 1977.

_____. O impacto do sistema de transporte sobre o espaço urbano. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo da FAU/USP*, São Paulo, vol. 1, nº 2, p. 47-54, 1992.

OLIVEIRA, Júlia Ribeiro de; CARVALHO, Ana Paula (Orgs.). *A Revolta do Buzu – Salvador (BA): Manifestações dos estudantes secundaristas contra o aumento da Tarifa de Ônibus*. Relatório das Situações-Tipo Brasil. Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase) e Instituto Pólis. 2007. Disponível em: <http://bibjuventude.ibict.br/jspui/bitstream/192/164/1/IBASE_IPOLIS_revoltadobuzu_2007.pdf> Acesso em: 26 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

PADDINSON, Ronan; McCANN, Eugene. *Encountering the city – multiple perspectives on Urban Social Change*. Cities & Social Change: encounters with contemporary urbanism. London: Sage, 2014. p. 03-13.

PLANO DIRETOR DE NITERÓI. Lei nº 1157, de 29 de dezembro de 1992, modificada pela Lei nº 2123, de 04 de fevereiro de 2004, inciso V e VI do art. 221, alterados pela Lei nº 1594/97, Capítulos III, IV e VI do Título V, revogados com a promulgação dos Planos Urbanísticos das regiões das Praias da Baía (Lei nº 1967, de 04 de abril de 2002), Norte (Lei nº 2233, de 19 de outubro de 2005r) e Oceânica (1968, de 04 de abril de 2002). Disponível em: <http://www.pgm.niteroi.rj.gov.br/leis/lei/Lei_n1157_Plano_Diretor_Alterado_pela_Lei_2123.pdf> Acesso em: 26 abr. 2019.

PLATAFORMA DHESCA BRASIL. *Direito Humano À Cidade*. Coleção cartilhas de direitos humanos. 2ª ed. Curitiba: 2010. vol. 2. Disponível em: <<http://www.mobilizacuritiba.org.br/files/2014/01/Cartilha-Direito-à-Cidade-Plataforma-Dhesca.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2019.

PROGRAMA BRASILEIRO DE MOBILIDADE POR BICICLETA – BICICLETA BRASIL. *Caderno de referência para elaboração de Plano de Mobilidade por Bicicleta nas Cidades*. Brasília: Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana, 2007. Disponível em: <http://www.intt.gov.br/repositorio/biblioteca/texto_relacionados/Livro_20Bicicleta_20Brasil.pdf> Acesso em: 21 maio 2019.

QUIJANO, Aníbal. Dependencia, cambio social y urbanización en Latinoamérica. _____. *In: Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Buenos Aires: CLACSO, 2014. p. 75-124. Disponível em: <<https://www.google.com/url?>>. Acesso em: 12 de out. 2019.

ROLNIK, Raquel. *Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças*. São Paulo: Boitempo, 2015.

_____. *O que é cidade*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

SANTOS, Milton. *A Urbanização Brasileira*. São Paulo: EDUSP, 2009.

SILVA, Ricardo Corrêa da. *A bicicleta no planejamento urbano: Situação e perspectivas da inserção da bicicleta no planejamento de mobilidade (no Brasil e em São Paulo)*. Programa de Pós-Graduação de Arquitetura e Urbanismo, São Paulo, 2014. Dissertação de mestrado (Área de Concentração: Planejamento Urbano e Regional). São Paulo: FAUUSP, 2014.

SMITH, Neil. *Gentrificação, a fronteira e a reestruturação do espaço urbano*. GEOUSP - Espaço e Tempo, São Paulo, nº 21, 2007. Disponível em: <[HTTP://WWW.revistas.usp.br/geousp/article/view/74046/77688](http://WWW.revistas.usp.br/geousp/article/view/74046/77688)>. Acesso em: 12 out. 2019.

SOLDANO, Daniela. La desigualdad social en contextos de relegación urbana. Un análisis de las experiencias y los significados del espacio (Gran Buenos Aires, 2003-2010). *In: _____. Ciudades latinoamericanas: Desigualdad, segregación y tolerância*. Buenos Aires, CLACSO, 2014. p. 27-55. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20140505032950/ciudadeslatinoamericanas.pdf>>. Acesso em: 12 de out. 2019.

TEDESCHI, Sebastian. Los conflictos urbanos en el territorio y el derecho en America Latina. *In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (orgs.). A construção do direito urbanístico na América Latina*. Belo Horizonte: Gaia Cultural, 2016. p. 23-43. Disponível em: <<https://issuu.com/edesiofernandes/docs/construcao-direito-urb-americalatin>>. Acesso em: 12 out. 2019.

TEIXEIRA, Livia Clemente Motta. *Exercício físico, neurogênese e memória*. 2013. 107 f. Tese (doutorado em fisiologia geral). Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

TERÁN, José Ángel. *Mobilidade urbana sustentável*. São Paulo: Scortecci, 2013.

VAINER, Carlos. Megaeventos, cidade de exceção e democracia direta do capital: reflexões a partir do Rio de Janeiro. *In: _____. VAINER, Carlos; BROUDEHOUS, Anne*

Marie; OLIVEIRA, Fabricio Leal de. (Orgs.). *Os megaeventos e a cidade: perspectivas críticas*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2016. p. 19-46.

VASCONCELLOS, Eduardo Alcântara de. *Mobilidade urbana e cidadania*. São Paulo: Senac, 2012.

_____; *Transporte urbano nos países em desenvolvimento: reflexões e propostas*. São Paulo: Annablume, 2002.

VILLAÇA, Flávio. *Estatuto da cidade: para que serve?* Carta Maior. Disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Política/Estatuto-da-cidade-para-que-serve-%250D%250A/4/26206>>. Acesso em: 12 out. 2019.

WRI BRASIL. *Benefícios da bicicleta para a saúde*. Disponível em <<http://wricidades.org/conteudo/benef%C3%ADcios-da-bicicleta-para-sa%C3%BAde>> Acesso em: 09 de maio de 2019.

XAVIER, José Carlos. A nova política de mobilidade urbana no Brasil: uma mudança de paradigma. *Revista dos Transportes Públicos*, vol. 28, nº 111, p. 59-68, 2006.





Direito Previdenciário }

LEY
DUODE
TABULI



INSTITUIÇÕES DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

LEOPOLDO BRAGA

1 — Entre os destinatários da imunidade tributária outorgada na alínea *c* do inciso III ao art. 20 da Constituição do Brasil figuram as “*instituições de educação ou de assistência social*”.

Mas, — indaga-se — que é “*assistência social*”? Que se deve entender, na tecnologia jurídica, por “*instituição de assistência social*”?

O conceito *científico* de *assistência social*, no dizer do Prof. GILBERTO DE MACEDO, “refere-se à ajuda integral e por todos os meios adequados a todos os que necessitam; é um dever da vida em sociedade, de todos os cidadãos e do Estado” (“*A educação integral de menores sob a assistência social*”, no *Boletim del Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia*, Montevideo, 1953, dezembro, tomo XXVII, n.º 4, pág. 404).

Seu conceito *jurídico* pode ser razoavelmente ajustado ao supratranscrito. Trata-se de uma “*função social*” no cumprimento da qual, como explica THEMISTOCLES CAVALCANTI, “o Estado tem o dever de amparar moral e materialmente, por meios diretos ou não, aqueles que são vítimas da fatalidade econômica ou de contingências sociais ou físicas” (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. 1.º, pág. 506).

2 — Nenhum texto legal define ou explica o que se deve exatamente entender por “*instituição de assistência social*”. Outrossim, os principais comentadores da Constituição de 1946 — onde se estabeleceu originariamente, entre nós, a imunidade tributária em favor das “*instituições de educação e de assistência social*” (art. 31, inciso V, alínea *b*) — não se detiveram em mais aprofundado exame do assunto, e são escassos os subsídios que nos ministraram para uma perfeita e adequada conceituação jurídica das aludidas entidades.

Na Itália, onde é vasta a bibliografia especializada no assunto, segundo informa GIUSEPPE MOFFA (*Il procedimento esecutivo per la riscossione dell'entrate patrimoniali degli Enti Pubblici*, —

vol. III da série “*Il Diritto Tributario, coordinato da ANTONIO UCKMAR*”, Pádua, 1931, pág. 21), muitas foram as definições propostas à conceituação das instituições públicas de assistência e beneficência, mas a melhor delas, a seu ver, foi a da Lei n.º 6.972, de 17 de julho de 1890, cujo art. 1.º assim dispôs:

“Sono istituzioni di assistenza e di beneficenza, soggette alla presente legge, le opere pie ed ogni altro ente morale che abbia in tutto o in parte per fine:

a) di prestare assistenza ai poveri, tanto in istato di sanità, quanto di malattia;

b) di procurarne l’educazione, l’istruzione, l’avviamento a qualche professione, arte o mestiere, od in qualsiasi altro modo il miglioramento morale ed economico”.

Não somente em verbete sob o título “*Instituições de Educação e de Assistência Social*”, inserto no vol. 27 do *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro* (ed. Borsoi), págs. 243 a 284, mas também em livro intitulado — “*Do conceito jurídico de “instituições de educação e de assistência social — doutrina e pareceres*” (Rio de Janeiro, 1960), — trabalhos nos quais a matéria foi amplamente exposta e metódicamente examinada sob os seus mais importantes aspectos, procuramos fixar, à luz dos melhores elementos doutrinários, da **hermenêutica jurídica e do direito comparado**, o verdadeiro significado técnico-jurídico, isto é, a justa, adequada e racional inteligência do termo “*instituições*” (*de educação e de assistência social*) empregado pelo legislador constituinte na referida alínea b do inciso V ao artigo 31 da Constituição de 1946, ao nomear as entidades privadas destinatárias do privilégio da *imunidade tributária*.

Tudo quanto nos mencionados trabalhos foi dito, sustentado e demonstrado acerca do conceito específico de “*instituições*” de *assistência social* tem aqui inteiro cabimento e aplicação, sem necessidade de novos desenvolvimentos do assunto.

*
* *

3 — Estarão, porém, adequadamente compreendidas na conceituação doutrinária de *instituições de assistência social* as chamadas *instituições de previdência social*?

Impõe-se, a nosso juízo, a afirmativa, sem embargo da nítida diferenciação que já se estabeleceu entre os dois tipos de *instituição*. Em verdade, são espécies do mesmo gênero, ramificações do mesmo tronco. A *assistência social*, alargando sua esfera de ação, assumiu formas ou modalidades diversas, uma das quais é, por sem dúvida, a *assistência preventiva*, que hoje se oferece, com

feição autônoma e características próprias, sob o designativo corrente de *previdência social*. Tornaram-se comuns, aqui e algures, como o são ainda agora, aquelas entidades que o insigne LENTINI classifica de “*istituzioni di beneficenza mista*”, por isto que, como explica, “*riguardano contemporaneamente la beneficenza e il culto, la beneficenza e l’istruzione, la beneficenza e il credito, la beneficenza e la previdenza*” (ARTURO LENTINI, *Commento alla Legislazione sulle Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza*, 2.^a ed., Nápoles, 1940, página 13). Todavia, com o constante e progressivo desenvolvimento dos planos de organização assistencial, a reclamar desdobramentos e especializações, sob o império das necessidades, cada vez mais variadas e complexas, e das novas concepções econômicas e de política social, a *assistência social* se bifurcou em dois setores principais distintos: a *beneficência pública* e a *previdência social*.

Muito elucidativa é, a respeito, a explanação de LIONELLO R. LEVI:

“Il fiorire e lo svilupparsi della grande industria e della concentrazione industriale, con il conseguente aumento della popolazione operaia, con la maggiore pericolosità ed insalubrità del lavoro, aumentarono notevolmente le possibilità del verificarsi di eventi del genere (infortuni, malattie, etc.) che annullano e menomano le capacità di lavoro e di guadagno dell’individuo. L’azione della pubblica beneficenza si rilevò senz’ altro insufficiente a fronteggiare tutte queste situazioni; e d’altra parte si avvertì la necessità di dare all’operaio la sicurezza di non essere esposto con la sua famiglia al pericolo di vedersi mancare i mezzi di sussistenza”.

.....

.....

“Sorge così, distinta dalla *beneficenza pubblica*, la *previdenza sociale*, diretta appunto ad assistere il lavoratore in occasione del verificarsi di determinati eventi, connessi o meno con il lavoro prestato, e basata sovra una organizzazione di mezzi finanziari costituiti prevalentemente con l’apporto dei datori di lavoro e, talvolta, anche dei lavoratori”. — (*Istituzioni di Legislazione Sociale*, 3.^a ed., Milão, 1952, págs. 128 e 129).

*
* *

Tem-se, por vêzes, pretendido destacar e excluir do conceito técnico-jurídico de “instituição de *assistência social*” o de “instituição de *previdência social*”.

Assim, por exemplo, em Acórdão n.º 4.209, de 9 de outubro de 1958, proferido no Rec. n.º 4.078, o Conselho de Recursos Fiscais:

da antiga Prefeitura do Distrito Federal, ao declarar e decidir que “a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil não é instituição de assistência social para gozo de imunidade constitucional” — contrariamente a parecer jurídico de nossa autoria, — fê-lo no pressuposto de que “*são coisas diferentes*” “*assistência social*” e “*previdência social*”, tal como expresso nos tópicos seguintes do voto de seu relator, unânimesmente adotado:

“Não se trata de instituição de *assistência social*, mas de *previdência social*. São coisas diferentes, principalmente quando se trata de aplicar a imunidade constitucional. A rigor, se há de reconhecer até que os dois objetivos se excluem. A *previdência social*, as palavras estão a dizer, visa exatamente a impedir que o homem precise, mais tarde, de recorrer à *assistência social*. Instituição de *previdência social* é a que procura prever as necessidades futuras e atendê-las por meios preventivos. Instituição de *assistência social*, de acôrdo com o sentido que a expressão deve ter no preceito constitucional, é a que tem por fim assistir aos necessitados, via de regra aquêles a quem faltou a previdência. “Se essas finalidades, de modo geral e, às vêzes, em certos casos, se confundem, isso não pode ser admitido em se tratando de aplicar dispositivo legal de exceção”.

.....
“Se a Constituição quisesse estender o favor às instituições de *previdência social*, como a pleiteante, certamente o teria feito, desde que os institutos dessa natureza eram por demais conhecidos ao tempo em que foi promulgada a Lei Magna”.

.....
“Se no dispositivo só se referiu à *assistência social*, é porque quis excluir da outorga a *previdência social*”. (*Diário Municipal* (P. D. F.) de 15 de fevereiro de 1960, pág. 1.651).

Afigura-se-nos, *data venia*, manifesta a inconsistência de tais argumentos.

Em primeiro lugar, porque o Acórdão, ao invés de orientar-se pela interpretação *teológica*, preferiu adotar como fulcro o chamado argumento *a contrario* (“*inclusionem unius fit exclusio alterius*”; — “*ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*”), que, por sua notória falibilidade e pelos perigos que oferece ao intérprete, tem sofrido, no campo da hermenêutica jurídica, grandes e fundadas contestações. Veja-se, ao propósito, a observação de CASTRO NUNES:

“Mas é sabido que o argumento *a contrario* é muito falho e vai sendo abandonado na moderna hermenêu-

tica. A êle se sobrepõe a *mens legis*, a razão de ser da norma, de alcance muito mais decisivo”.

(*Da Fazenda Pública em Juízo*, 1950, pág. 464).

Assim também CARLOS MAXIMILIANO, depois de salientar que o argumento *a contrario*, “muito prestigioso outrora”, é “mal visto, hoje, pela doutrina, e pouco usado pela jurisprudência”, adverte, em concordância com GIANTURCO:

“Do fato de se mencionar uma hipótese não se deduz a exclusão de tôdas as outras. Pode-se aduzir com intuito de demonstrar, esclarecer; a título de *exemplo*. Portanto o argumento oferece perigos, é difícil de manejar no terreno vasto do Direito comum. Ali caberia a poremia oposta: — “*positio unius non est exclusio alterius*”; a especificação de uma hipótese não redundava em exclusão das demais”.

(*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 3.^a ed., págs. 291 a 292).

Em segundo lugar, porque, no caso, ao invocado princípio de que a norma de *direito excepcional* é de interpretação estritíssima, se contrapõe o princípio, não menos exato, de que, em se tratando de matéria pertinente a *montepio* e *seguro social* — atentos os próprios fins visados pela vocação paternalista do Estado moderno, — a obscuridade ou omissão da lei deve ser esclarecida ou suprida pela hermenêutica em sentido *benéfico*, isto é, com inspiração na regra “*benigna amplianda*”, como justamente salientou o eminente mestre Prof. SÁ FILHO, em página magistral que vale a pena reproduzir aqui:

“Em matéria de *montepio*, dada a sua finalidade econômica, posta, muitas vezes, em relêvo pelo brilhante e saudoso Dr. MACHADO NETO, a interpretação deve ser ampliativa e não restritiva.

As leis de *montepio* constituem o primórdio de nossa legislação trabalhista, hoje tão florescente. E no direito social reconhece-se, mais ainda que a interpretação extensiva, a da equidade, como fonte de direito (RANELLETTI, *Le guarentigie delle giustizia nella pubblica amministrazione*, 1937, pág. 16; CASTRO NUNES e OLIVEIRA VIANNA, *apud* ESPÍNOLA, *Tratado de Direito Civil Brasileiro*, 1940, vol. III, pág. 49).

Demais, domina hoje, na interpretação das leis, a pesquisa de seu *fim social*: é a interpretação *teleológica*, que se impõe nas leis de *montepio* e tão bem definem os nossos exímios ESPÍNOLA e FERRARA:

“Al posto, prima eminente dei così detti “*argomenti di testo*”, si è sostituita la ricerca — non sulla intenzione subbiettiva dei formulatori della norma di legge, ma sulla effettiva possibile “*portata attuale*”, intrinseca ed obbiettiva — della volontà di legge. La redazione, come cornice del quadro, resta immutata; ma il quadro, come interno contenuto, risulta diverso” (F. FERRARA, *Moderni problemi del diritto*, 1938, pág. 30).
(*Pareceres de 1941 — Procuradoria Geral da Fazenda Pública*, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1943, pág. 285).

Em terceiro lugar, porque a *exclusão* pretendida revela apenas o desconhecimento de que no conceito amplo e genérico de “*assistência social*” está compreendido o conceito específico de “*previdência social*”, pôsto que esta última é, hoje, universalmente considerada uma forma, uma modalidade — quiçá a mais importante! — da *assistência social*: é ela, nada menos do que a *assistência social preventiva*.

Disse muito bem PONTES DE MIRANDA:

“Não se interpretam leis sem penetrar no fundo do pensamento expresso nas regras jurídicas escritas e sem se conhecerem os conceitos que se empregam nos textos”.

Ora, não seria lícito presumir que o legislador constituinte brasileiro desconhecesse o moderno conceito de *assistência social*, com a amplitude que lhe é peculiar e que tão bem assinalada foi por CINO VITTA:

“Ai bisogni dei poveri si può provvedere con mezzi svariati: non solo coll’elemosina o col ricovero, come in antico, ma anche con altre diverse forme di assistenza, e può considerarsi *assistenza* anche quella che tende a *prevenire* lo stato di inopia, invece di dare il soccorso quando l’inopia è sopraggiunta; anzi è moderna tendenza di sostituire l’azione *preventiva* alla *repressiva* in questa materia, tutte le volte che sia possibile”.
(*Diritto Amministrativo*, 3.^a ed., Turim, 1949, tomo I, pág. 663).

ALFONSO TESAURO, ao discorrer sôbre o binômio *assistência-previdência*, acentua terem o mesmo caráter “de ordem pública”

as normas que regulam as duas modalidades de proteção estatal, assim relacionadas e definidas:

“L’assistenza è diretta a proteggere i lavoratori nei loro rapporti con gli imprenditori, ad assicurarne l’integrità fisica e ad elevarli materialmente e moralmente. La previdenza è diretta a garantire i lavoratori dai rischi inerenti all’attività che essi svolgono ed a metterli, così, in grado di dare il massimo rendimento, non preoccupati dalle possibili conseguenze dannose o pericolose della loro opera”.

(Nozioni elementari di Diritto Amministrativo italiano e Legislazione Sociale, Nápoles, 1949, págs. 103-104).

Do mesmo modo que a *higiene*, como *medicina preventiva*, não deixa, por isso, de ser um setor, um departamento da *medicina geral*, nem a *polícia preventiva* deixa de compor, com a *repressiva*, o conjunto de um sistema de *polícia geral*, assim também a *assistência social preventiva* (denominada *previdência social*), conquanto constitua, hoje, um ramo diferenciado da *assistência em sentido estrito*, não se torna, por isto, um conceito incabível no conceito maior de *assistência social em sentido lato* e, pois, excrescente do quadro das “instituições de assistência social”, a que aludia a alínea *b* do inciso V ao art. 31 da Constituição de 1946 e a que também se reporta a alínea *c* do inciso III ao art. 20 da atual Constituição do Brasil.

*
* *

Essa compreensão da *previdência* na esfera conceitual da *assistência social* está sobejamente reconhecida e proclamada, outrossim, por vários dos mais categorizados juristas pátrios e comentadores de nossos textos constitucionais. Haja vista à observação de THEMISTOCLES CAVALCANTI de que “um dos pontos fundamentais da assistência social é a organização de *instituições de seguro e previdência social*” (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. 1, pág. 253).

Por sua vez, CARLOS MAXIMILIANO, em seu comentário ao texto do art. 31, inciso V, alínea *b*), da Constituição de 1946, assim disse:

“Compreendem-se na regalia as Santas Casas de Misericórdia, Caixas de Aposentadoria e Pensões, sociedades de beneficência ou de auxílios mútuos; bem

como as propagadoras ou cultoras de ciências, letras e artes e coletividades congêneres”.

(*Comentários à Constituição Brasileira*, 5.^a ed., 1954, vol. I, pág. 387).

Assim também, PONTES DE MIRANDA arrolou e indicou entre as “entidades imunes de impostos”... “as caixas de pensões estabelecidas pela legislação social” (*Comentários à Constituição de 1946*, 3.^a ed., 1960, tomo II, pág. 281).

*
* *

A *assistência social* — como se percebe — tem duas acepções: uma *ampla*, abrangendo tôdas as formas ou modalidades de amparo, socorro e proteção ao indivíduo, a que alguns autores preferem denominar *assistência pública*, ou *assistência genérica*; e uma *estrita*, que se distingue da *beneficência* e da *previdência*.

SANDULLI, por exemplo, contemplando, entre as formas de *assistência* (em sentido lato), aquela a que chama de “*assistenza economica generica*”, ensina que a mesma, por sua vez, se manifesta sob três formas: — “*la beneficenza*, *la assistenza*, e *la previdenza*”. E explica:

“Nella prima di tali forme predomina ... l'intento della liberalità”.

“Nella forma dell'*assistenza* in senso *stretto*, invece, non predomina l'intento caritativo: l'*assistenza* non ha altro fine che il benessere delle categorie meno agiate”.

“A differenza che per la *beneficenza* e per l'*assistenza* in senso *stretto*, il fenomeno della *previdenza sociale* è caratterizzato dal fatto che gli stessi aventi diritto all'*assistenza* — o altri per loro — partecipano a costituire i fondi coi quali si dovrà poi provvedere in caso di necessità alla loro *assistenza*”. (ALDO M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoles, 1952, págs. 366, 367 e 369).

GUIMARÃES MENEGALE esposa a mesma classificação tripartida: — “*beneficência*, *assistência*, *previdência*” (J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 2.^a ed., Rio, 1950, vol. 3.^o, pág. 185).

FOIGNET estuda em capítulos separados e como matérias distintas as *instituições de previdência* e as *instituições de assistência* (RENÉ FOIGNET, *Manuel élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1909, págs. 312 e 320). ROLLAND, assinalando embora as

relações existentes entre umas e outras, observa que “il ne faut pas confondre avec les lois d'assistance les lois de prévoyance sociale” (LOUIS ROLLAND, *Précis de Droit Administratif*, Paris, 1947, pág. 584).

OVIEDO, em capítulo intitulado “*La Beneficencia*”, adota a divisão bipartida de *assistência*, em — *preventiva* e *repressiva*: a primeira, exercida através das *instituições de direito social* e a segunda através das chamadas *instituições benéficas* (CARLOS GARCÍA OVIEDO, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1951, pág. 775).

SIGNORELLI observa que a *beneficência*, como forma de *assistência social*, tanto pode ter por objeto uma *necessidade atual*, quanto uma *necessidade eventual*, tratando-se, pois, numa e noutra hipótese, respectivamente, de *beneficência reparativa* e *beneficência preventiva*:

“Occorre, altresì, distinguere tra prestazioni aventi per oggetto un bisogno *attuale*, ovvero un bisogno *eventuale*; quindi, *beneficenza riparativa* e *beneficenza preventiva*. Appartengono al primo genere i soccorsi elemosinieri, il ricovero degli infermi e degli accattoni, ecc; al secondo, invece, tutti i fini più propriamente di assistenza, ispirati al criterio di difesa e miglioramento della collettività, quali quelli di educazione, avviamento al lavoro, arte o mestiere, credito, risparmio, *previdenza*, mutuo soccorso, ecc.”

(LUIGI SIGNORELLI, “*Opere Pie*”, verbete, no *Nuovo Digesto Italiano*, a cargo de MARIANO D'AMELIO com a colaboração de ANTONIO AZARA, Turim, 1939, vol. IX, pág. 117).

Na Alemanha, do mesmo modo, a *previdência social* se considera importante modalidade da *assistência social*, e na categoria dos estabelecimentos ou instituições de fins públicos, ali denominados “*Austalten*”, se incluem numerosas instituições pertencentes ao moderno Direito de seguros dos trabalhadores (*seguros obreiros*).

Veja-se, ao propósito, o registo de FLEINER, através de seu tradutor espanhol:

“El seguro obrero oficial es un acto de *assistencia* del Estado en favor de los ciudadanos”
(FRITZ FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. da 8.^a edição alemã, por SABINO A GENDIN, Barcelona, 1933, pág. 261).

No Chile, a *Dirección Superior de los Servicios de Beneficencia y Asistencia Social*, regulada pela Lei n.º 5.515, de 30 de abril de 1932, é dirigida por uma Junta Central da qual faz parte obrigatoriamente, um representante do “*Seguro Obrero*”. (GUIL- LERMO VARAS C., *Derecho Administrativo*, 2.ª ed., Santiago, 1948, pág. 477).

*
* *

Aliás, já hoje, no próprio conceito de *previdência social* se sub-distinguem, como ramos, ou categorias, em ordem decrescente de amplitude, os conceitos de *segurança*, *seguridade* e *seguro social*, com acepções específicas e características próprias, como justamente observa ALIM PEDRO:

“Ao objetivo dêsse conjunto de medidas, que constitui uma parte do vasto programa de Segurança Social, é que reservaremos a denominação de Seguridade Social”.

“... dentro da Seguridade Social, o campo específico dos Seguros Sociais. Podemos, pois, notar que dentro do conceito de Seguridade Social há medidas cujo objetivo consiste na preservação dos bens atuais e outras destinadas à proteção dos bens futuros. Destas últimas é que propriamente se encarrega o Seguro Social” — (*O Seguro Social — A Indústria Brasileira — O Instituto dos Industriários*, — Relatório-estudo, — Rio, 1950, pág. 5).

*
* *

4 — O Professor ALIOMAR BALEEIRO assim conceitua e define as *instituições* (de educação e de assistência social) a que se quis referir o legislador constituinte na elaboração do já citado dispositivo constitucional:

“Estas são pessoas de direito privado, que colaboram com os Podêres Públicos, assumindo tarefas que, embora também da competência do Estado, podem ser atividades profissionais particulares. São *instituições*, porque alheias ao intento de lucro individual dos seus promotores e associados...”

.....
“A Constituição quer imunes instituições desinteressadas e nascidas do espírito de cooperação com os Podêres Públicos, em suas atividades específicas”. — (*Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, Rio, 1951, págs. 116 e 118).

OWEN G. USINGER, ao enumerar e estudar os *fins do Estado*, em capítulo sob a epígrafe “*El fin de asistencia social*”, diz que esta “también encara la *previsión social*, la tutela del débil, la

protección del anciano y al inválido y la lucha contra el pauperismo"; e acrescenta que "este fin comprende vitales problemas sociales del Estado". (*Fines del Estado*, Rosário, 1953, págs. 381-382).

*
* *

5 — Para salientar a importância do ângulo de atividades a que se consagra êste estudo, bastaria considerar-se que o problema da *segurança social* se deslocou do plano nacional, ou do direito interno das nações, para o plano do direito internacional.

Na famosa *Declaração do Atlântico*, geralmente chamada *Carta do Atlântico*, que, numa conferência em alto mar, redigiram e firmaram Roosevelt e Churchill, dada à publicidade pelo Departamento de Estado americano, em Washington, a 14 de agosto de 1941, estabeleceram, solenemente, os dois eminentes estadistas pactuantes, em seu Ponto 5.º, o seguinte:

"Desejam realizar a mais completa colaboração entre tôdas as nações, no campo econômico, com o objeto de assegurar — para todos — melhores tipos de trabalho, reajustamento e *segurança social*".

A *Declaração de Santiago*, elaborada e adotada (sob o n.º 1) na Primeira Conferência Interamericana de Segurança Social, reunida em Santiago do Chile, de 10 a 16 de setembro de 1942, proclamou e declarou:

"Para gozar plenamente das liberdades fundamentais de pensamento, expressão e atividade, todo homem e mulher deve estar biológica e economicamente protegido face aos riscos sociais e profissionais, em função de uma solidariedade organizada".

.....
"A Sociedade deve encontrar no esforço solidário de tôdas as nações e de todos os homens uma nova inspiração para abolir a miséria e garantir a conquista digna e suficiente dos meios de vida".

.....
"O Seguro Social, como expressão da segurança social, está chamado a: a) organizar a prevenção dos riscos cuja realização priva o trabalhador de sua capacidade de ganho e de seus meios de subsistência; b) restabelecer, o mais rápida e completamente possível, a capacidade de ganho perdida ou reduzida como consequência de enfermidade ou acidente; c) procurar os meios de existência necessários em caso de cessação ou interrupção da atividade profissional como consequência de enfermidade ou acidente, de invalidez temporária ou permanente, de desemprego, de velhice ou de morte prematura do chefe da família".

A aludida Conferência deliberou, outrossim, “recomendar aos Governos das nações americanas que promovam a promulgação de leis que implantem o *seguro social* contra o risco de acidentes no trabalho e de enfermidades profissionais e a organização sistematizada de sua prevenção”, e mais: a extensão dos benefícios da previdência social a todos os grupos de trabalhadores, inclusive os agrícolas, servidores domésticos e independentes, e os trabalhadores intelectuais das profissões liberais; a unificação do seguro social num regime integral para a generalização de seus benefícios dentro de um sistema de *seguro social obrigatório*; e a unificação ou coordenação da *assistência social* com o *seguro social* (*Rumbos para la Seguridad Social, — Cuadernos n.º 9 — Conferência Interamericana de Seguridad Social — Secretaria General, México, 1953, páginas 11 a 13 e 25 a 31*).

Como se vê, o assunto, de há alguns anos a esta parte, deixou de ser um problema administrativo exclusivamente *local*, de interesse particularista ou doméstico dos governos dos diferentes países, para assumir a feição de um problema de largo interesse humano e de alta política internacional.

E transcende, já hoje, da órbita comum dos deveres do Estado moderno, para constituir um dos mandamentos da “*Declaração Universal dos Direitos do Homem*” aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, como deflui destas expressivas disposições:

“Art. 22. Tõda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à *segurança social* e a obter, mediante esforço nacional e cooperação internacional, tendo em conta a organização e os recursos de cada Estado, a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”.

.....

“Art. 25. Tõda pessoa tem direito a um nível de vida adequado, que lhe assegure, assim como à família, a saúde, o bem-estar, e especialmente a alimentação, o vestuário, a casa, a assistência médica e os serviços sociais necessários; *tem, ainda, direito aos seguros em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e em outros casos de perda dos meios de subsistência por circunstâncias independentes de sua vontade*”.

*
* *

5 — Já em seus comentários ao texto da Constituição de 1934 escrevia o emérito PONTES DE MIRANDA:

“São imunes de impostos as entidades que são manifestações do poder público, as corporações de direito público, como as *caixas de pensões* estabelecidas pela legislação social”. — (*Comentários à Constituição de 1934*, pág. 417).

Reconhecia-se, destarte, às antigas *Caixas de pensões* (muitas delas transformadas em diversos *Institutos* de aposentadoria e pensões), pela natureza mesma de seus fins, a característica de *manifestações do poder público*, conquanto, à época, só se pudessem considerar integradas no direito ao gozo da imunidade constitucional aquelas que houvessem sido criadas ou estabelecidas pela legislação social então vigente, e não também as de caráter puramente privado.

V. WAUTRAIN CAVAGNARI, observando, em fins do século passado, o fenômeno da “*ingerenza della pubblica amministrazione nella beneficenza privata*”, ponderava mui justamente, já na primeira edição de sua obra, que: “di regola, non è nella carità del prossimo, ma nella propria *previdenza*, che ciascuno ha da attingere i mezzi che gli serviranno, a tempo opportuno, per lottare efficacemente contro le sventure, che gli prepara la sorte”. — (*Elementi di Scienza dell'Amministrazione*, 3.^a ed., Florença, 1919, pág. 243).

Ainda ao alvorecer dêste nosso século, encarecia PROFUMO a crescente importância da *segurança social* nas sociedades modernas e, preconizando a obra de sua regulação sistemática e racional por meio da lei, aludia a “*quello stato di relativa stabilità economica del patrimonio operaio che costituisce el fulero della questione che lo Stato è chiamato a risolvere*”. — (L. G. PROFUMO, *Le Assicurazioni operaie nella Legislazione Sociale*, Turim, 1903, pág. XXI da “*Introduzione*”).

E, nos dias de hoje, um dos mais modernos e autorizados tratadistas contemporâneos, o ilustre professor belga MARCEL VAUTHIER, em capítulo sob a epígrafe “*L'Assistance Publique et la Prévoyance Sociale*”, acentua as altas responsabilidades do Estado na prestação de tais benefícios, o que representa “*un service public*”, pois, como diz, “l'indigence est un mal social auquel la société politique est tenue de porter remède dans la mesure du possible”. — (*Précis de Droit Administratif*, 3.^a ed., Bruxelas, 1950, vol. 1.^o, pág. 284).

Ora, efetivamente, as instituições de previdência ou de seguro social, também chamadas “instituições paternalistas de previdência ou assistência preventiva”, realizando essa importante função acautelatória que, na frase de WILLIAM BEVERIDGE, “constitui um combate à miséria”, assumem encargos e responsabilidades de alto interêsse público, os quais se inscrevem, hodierna-

mente, entre os *deveres primordiais* do Estado, desde que, segundo DE VALLES, a *segurança social* é um dos “*mezzi che contribuiscono allo sviluppo economico e spirituale del popolo*” (*Le Assicurazioni Sociali*, no *Trattato* de ORLANDO, vol. VI, parte I, pág. 328). E se tornam, assim, — quando não verdadeiras entidades delegadas do Poder Público, — suas prestimosas auxiliares (GONZÁLEZ POSADA, *El Regime de los Seguros Sociales*, páginas 5 e segs.; — FRITZ FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. espanhola da 8.^a ed. alemã, pág. 5; — G. ROBERTI, *L'Assicurazione contro l'invalidità e la vecchiaia*, no *Trattato di Diritto del Lavoro*, vol. 3.^o, págs. 511 e segs.; — ALFONSO TESAURO, *op. cit.*, pág. 73; — V. E. ORLANDO, *Principii di Diritto Amministrativo*, 5.^a ed., pág. 322).

Com absoluta razão, entende JOSÉ GONZÁLEZ GALÉ que “en las leys de *seguro social* — que, a partir de las últimas décadas del siglo pasado, empezaron a dictarse en todo el mundo — puede verse el reconocimiento de *un derecho*; más bien que la concesión de *una gracia*”. — (*Previsión Social*, Buenos Aires, 1946, página 78).

GARCÍA OVIEDO, por seu turno, assim diz: “Sería un ideal que llegase un día en que la beneficencia cediese paso total a la previsión, actuando ésta con tal intensidad y extensión que pudiese prevenir toda situación de indigencia sobre la cual la beneficencia opera”. — (*Op. cit.*, pág. 775).

MICHELE LA TORRE, depois de assinalar que “lo Stato moderno tende, assai saggiamente, con grande vantaggio pubblico, a transferire molti compiti dal campo della *beneficenza* a quello della *previdenza*”, salienta a crescente relevância da tarefa, cada vez mais vinculada à esfera das atividades e preocupações inerentes às organizações administrativas de direito público, tanto assim que “in molti campi gli istituti previdenziali non svolgono una semplice attività economica”. . . . “ma agiscono in nome e per effetto di un *comando* dello Stato, il quale appunto, in molti campi, ha affermato il concetto della *previdenza obbligatoria*, ossia dell'*assicurazione obbligatoria*”. — (*Nozioni di Diritto Amministrativo*, 6.^a ed., págs. 161-162).

Entre nós, não divergem as opiniões dos estudiosos do assunto.

OLIVEIRA E SILVA, há vinte e cinco anos, lançava esta profecia:

“Nem é difícil se instale no Brasil, em tempo não distante, o Ministério da Previdência Social, tão vultoso o quadro dos interessados e indiscutível a doutrina de totalizar-se o amparo social por meio de autarquias a todo o produtor, seja manual, téc-

nico ou intelectual". — (*O Seguro Social no Brasil*, Rio de Janeiro, 1944, pág. 13).

THEMISTOCLES CAVALCANTI, em seu *Tratado de Direito Administrativo*, afirma que "um dos pontos fundamentais da assistência social é a organização de instituições de seguro e previdência social". — (*Op. cit.*, vol. 1.º, pág. 253).

São, outrossim, de ANTONIO CALDAS BRANDÃO estas palavras:

"Na realidade, o conceito de Segurança Social representa o ideal permanente de bem-estar da humanidade e constitui um programa essencialmente estruturado sôbre as quatro liberdades de Roosevelt, asseguradas pela Carta do Atlântico". — (*Repertório de Previdência Social*, Rio, 1953, págs. 9-10).

*
* *

Nada, pois, justificaria pretender-se que os legisladores constituintes de 1946 e de 1967, ao empregarem a expressão "*instituições de assistência social*", tivessem querido referir-se tão só e discriminadamente à "*assistência*" em sentido particularista, específico ou estrito (*assistência social reparativa*), e não à "*assistência*" em sentido *lato, amplo* ou *genérico*, de modo a concluir-se estar excluída da imunidade a *assistência social preventiva* (tão encarecida na *Declaração de Santiago*, de 1924), representada pelas "*instituições de previdência social*".

*
* *

Nem vale, tampouco, invocar-se, no caso, a regra de que, em se tratando de norma de *direito excepcional*, não se admite interpretação *extensiva* ou *ampliativa*, mas é de rigor a exegese *estrita*. Porque, em verdade — ademais da motivação já anteriormente aduzida, — aqui não se cogita de *ampliar* o conceito; sim, apenas, o de dar-lhe o seu significado natural e teleológico, compreensivo de *tôdas as hipóteses cabíveis na hipótese geral figurada no texto*, consoante a lição de CARLOS MAXIMILIANO:

"Cada disposição estende-se a todos os casos que, por paridade de motivos, se devem considerar enquadrados no conceito, ou ato jurídico; bem como se aplica

às cousas virtualmente compreendidas no objeto da norma”.

.....
“Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a *todos os casos particulares* que se possam enquadrar na *hipótese geral* prevista explicitamente”.

(*Op. cit.*, 3.^a ed., págs. 247 e 296).

*
* *

E — finalmente — ainda que, primitiva ou originariamente, o aludido conceito houvesse brotado da mente ou da vontade do legislador constituinte de 1946 com o sentido estreito, parcial e discriminatório que alguns intérpretes pretenderam atribuir-lhe, essa inteligência estaria superada, ultrapassada pelos imperativos do *fato social* que condiciona a evolução dos conceitos e dos próprios institutos jurídicos; máxime em se tratando da semântica de termos de aceção técnica ou científica. Nessa hipótese, mais do que em qualquer outra, deve a norma ser considerada em seu caráter *objetivo e atual*, sobrelevando ao elemento histórico a sua necessária ou conveniente adequação ao *fim social* a que se destina, *ainda além das previsões do legislador*. A *mens legis* se sobrepõe à *mens legislatoris*, imprimindo à norma vida autônoma, impregnada de utilidade e de atualidade, em função das realidades e das necessidades sociais de determinada época. Tal como professa o eminente KÖHLER:

“Interpretar não é procurar o sentido e a significação do que *alguém disse*, mas do que *foi dito*; não se devendo buscar acomodar a lei, interpretando-a, com o pensamento e a vontade do legislador, mas entendê-la *sociologicamente* como produção do grupo social de que o legislador se fez órgão”.

(JOSEF KÖHLER, *Lehrbuch*, apud ALÍPIO SILVEIRA, in *Direito*, vol. XXXII, pág. 81).

*
* *

Assim, pois, quer no plano puramente doutrinário, quer no da exegese dos textos constitucionais, não há nem pode haver dúvida de que no conceito de “instituições de assistência social” estão natural e necessariamente compreendidas as “instituições de previdência social”.

Tropeços da reforma

HUGO NIGRO MAZZILLI (*)

Todos temos acompanhado a tramitação dos projetos das reformas previdenciária e administrativa, por cuja aprovação tem-se empenhado o Governo.

Não é aceitável a atitude simplista de alguns parlamentares, para quem tudo se resume no que lhes pareça “pegar bem” na opinião pública. Por se tratar de reformas à Constituição – a lei fundamental do País –, existem regras rigorosas a seguir, sob pena de a reforma ser inconstitucional (cf. ADIn nº 939, STF).

Vejamos alguns dos tropeços do Congresso:

a) a emenda que versa sobre a reforma previdenciária foi *aprovada* em segundo turno pelo Senado (9/10/97), e com ela se quebra a integralidade dos proventos da aposentadoria para quem perceba mais de R\$ 1.200,00 mensais, com limite redutor de até 30%, a ser estabelecido em lei complementar. Entretanto, ainda em 1997, em primeiro turno, o Senado tinha *recusado* a quebra de integralidade para os magistrados, pois a alteração só se lhe aplicaria *no que coubesse*.

A matéria não é apenas regimental, como querem alguns senadores. A Constituição exige que uma proposta de emenda constitucional seja discutida e votada em cada Casa do Congresso, em dois turnos, considerando-se *aprovada* somente se obtiver, *em ambos os turnos*, três quintos dos votos dos respectivos membros (art. 60, § 2º).

Ora, não houve aprovação *da mesma matéria, em ambos os turnos*, na votação da emenda previdenciária no Senado.

b) Em 27/1/98, o Senado retirou da reforma administrativa o artigo que mantinha a aposentadoria integral dos magistrados. Entendeu que, como na votação da emenda previden-

ciária já tinha ela caído, estaria agora prejudicada a nova votação da matéria, dispensada a volta do projeto à Câmara.

O argumento não procede. *Prejudicada* estaria a votação de uma norma já recusada *no mesmo projeto*, não em projeto distinto. Em projetos independentes, a votação de uma questão num deles não cria óbice à votação da mesma questão em outro, até porque os senadores poderiam, nesse ínterim, rever suas posições. Que existe a possibilidade de uma segunda votação contrariar a primeira, ainda que na mesma matéria, é a própria Constituição que o garante, ao exigir dois turnos de votação...

c) Mas suponhamos fosse verdadeiro o argumento. Como a Constituição impõe que *a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não possa ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa* (art. 60, § 5º), então a mesma questão não poderia estar agora sendo discutida na Câmara, como está, *nesta mesma sessão legislativa*, na votação da emenda previdenciária...

d) É ainda incorreto o entendimento de que o projeto da reforma administrativa não deva voltar à Câmara, apesar de o Senado tê-lo *modificado*, dele retirando a equiparação entre o pessoal da ativa e aposentados. Está-se violando a Constituição (art. 60, § 2º).

Tememos que o Congresso Nacional, longe de produzir as reformas desejadas, esteja a provocar enorme insegurança jurídica e o ajuizamento de milhares de ações judiciais. A primeira coisa que se deve fazer é respeitar a própria Constituição. Até para mudá-la, quando necessário.

(*) HUGO NIGRO MAZZILLI, 47, é Procurador de Justiça em São Paulo e membro do corpo docente da Escola Paulista do Ministério Público. Foi Presidente da Associação Paulista do Ministério Público e membro do Conselho Superior do Ministério Público.

Benefícios previdenciários cobrados em Juízo e correção monetária

DAISY PALMIERI DA COSTA (*)

1. Introdução

Durante catorze anos, a correção monetária dos benefícios previdenciários cobrados em Juízo foi objeto de acirrada polêmica jurisprudencial, opondo os partidários da correção pelos índices da própria legislação previdenciária aos defensores da aplicação da Lei nº 6.899/81. Com a edição da Súmula nº 148 do STJ, que inclinou a balança em favor da lei geral de correção monetária, duas novas questões reacenderam o debate: uma, decorrente da falta de regulamentação da Lei nº 6.899/81 desde janeiro de 1989; outra, relativa à interpretação do art. 41, § 7º, da Lei nº 8.213/91.

Para o aplicador do direito, a discussão não deve oferecer interesse meramente acadêmico. Durante trinta anos, a correção monetária foi utilizada como instrumento de política monetária, tornando-se objeto de toda sorte de manipulações. Mais de vinte indexadores foram criados, possibilitando ao Poder Público, por exemplo, utilizar índices distintos conforme fosse o credor ou o devedor da obrigação⁽¹⁾; ou corrigir diariamente os seus créditos – mas não os seus débitos – para equilibrar o orçamento. Não raro, o próprio valor dos índices de correção foi fixado arbitrariamente, como ocorreu na edição dos planos Verão e Collor I, com graves repercussões sobre as obrigações em curso. Paralelamente, a correção diferenciada de

(1) O próprio Decreto nº 86.649/81, que regulamentou a Lei nº 6.899, determinando que os débitos judiciais fossem corrigidos pela variação das ORTN, excluiu da sua abrangência os débitos para com a Fazenda Pública, cuja correção monetária estava disciplinada por legislação especial. Mais recentemente, a Lei nº 8.218/91 indexou os créditos do INSS à TRD, ao passo que os débitos previdenciários, de acordo com o art. 41, § 6º, da Lei nº 8.213/91, ficaram vinculados ao INPC.

preços, salários, aluguéis, aplicações financeiras, *etc.*, abriu caminho para uma concentração de renda sem precedentes. Como observou JOELMIR BETTING:

“Pelos condutos da indexação, a renda transferiu-se do setor privado para o setor público. No setor privado, do sistema produtivo para o sistema financeiro. Entre empresas e indivíduos, dos que purgavam correção parcial para os que gozavam de correção plena. E o que dizer da transferência de renda do trabalho mal corrigido para o capital mais que protegido?”⁽²⁾

Também no tocante aos débitos judiciais, a correção monetária é o conduto por onde irá passar a satisfação integral do credor ou, ao contrário, o enriquecimento sem causa do devedor. Desse modo, a falta de regulamentação da Lei nº 6.899/81, se por um lado tem dado causa a uma certa vacilação da jurisprudência, por outro tem permitido ao Judiciário proteger os sujeitos da relação obrigacional contra as distorções produzidas pela política monetária do Governo, criador e beneficiário da inflação.

Revisaremos, a seguir, as soluções elaboradas pelos Tribunais para os litígios suscitados pela falta de regulamentação da Lei nº 6.899/81, bem como o estado atual da controvérsia sobre a aplicabilidade do disposto no art. 41, § 7º, da Lei nº 8.213/91 aos débitos da Previdência na via judicial.

2. Questões decorrentes da falta de regulamentação da Lei nº 6.899/81

2.1. BTN, IPC e expurgos inflacionários

De acordo com a Súmula nº 148 do E. STJ, “os débitos relativos a benefício previdenciário, vencidos e cobrados em Juízo após a vigência da Lei nº 6.899/81, devem ser corrigidos monetariamente na forma prevista naquele diploma legal”.

Como a Lei nº 6.899/81 foi sucessivamente regulamentada pelo Decreto nº 86.649/81 e pelos Decretos-leis nº 2.283/86 e 2.290/86, segue-se que os débitos previdenciários devem ser corrigidos pela variação das ORTN de abril de 1981 a fevereiro de 1986, e pelas OTN de março de 1986 a janeiro de 1989, quando esse indexador foi extinto pela Lei nº 7.730/89, que instituiu o chamado Plano Verão.

⁽²⁾ In “Os Párias do Quatrilhão”. Revista *Veja*, nº 1.476, dezembro de 1996, pg. 162.

Desde a supressão das OTN, inexistiu no ordenamento jurídico brasileiro norma que imponha um indexador para a generalidade das obrigações ⁽³⁾, como a Lei nº 6.423/77 fizera com relação à ORTN ⁽⁴⁾. Essa omissão é proposital. Conscientes do papel da correção monetária na perpetuação do processo inflacionário, as autoridades econômicas procuraram, desde janeiro de 1989, estabelecer as bases para a desindexação da economia, meta que só seria alcançada em 1994, com a instauração do Plano Real.

Assim, para preencher a lacuna resultante da falta de regulamentação da lei de correção dos débitos judiciais, dispunha o Judiciário de diversos indexadores, dentre os quais se elegeu, inicialmente, o Bônus do Tesouro Nacional, título da dívida pública cujo valor era calculado com base na variação do Índice de Preços ao Consumidor, como ocorrera, anteriormente, com as OTN ⁽⁵⁾.

Entretanto, em quatro oportunidades o valor do BTN foi deliberadamente dissociado da sua base legal de cálculo: em fevereiro de 1989 e em março, abril e maio de 1990. Essas alterações, coincidentes com a implantação dos Planos Verão e Collor I (março de 1990), consistiram em excluir do cálculo do valor do BTN, nos meses referidos, a inflação verificada nos dias anteriores à edição desses Planos, ao mesmo tempo em que se impunha um congelamento temporário dos preços. Assim, a inflação medida pelo BTN era mínima, conferindo uma aparência de êxito às medidas econômicas tomadas pelo Governo (além de, convenientemente, reduzir a dívida pública, mediante a sua correção apenas parcial).

Para que se possam aferir os prejuízos causados aos detentores de créditos judiciais por esses expurgos inflacionários, basta assinalar que, em março de 90, a variação do BTN foi de apenas 41,28 %, quando a inflação medida pelo IPC atingiu a marca sem precedentes de 84,32%. Em fevereiro de 89 e em maio de 90, o valor do BTN não sofreu qualquer alteração em relação ao mês anterior, como se a moeda tivesse permanecido absolutamente estável, ao passo que o IPC registrava uma inflação de 42,72% em janeiro de 89, e de 44,80% em abril de 90.

⁽³⁾ Salvo pela breve vigência do art. 27 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, o qual determinou que a correção monetária em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico de valores referentes a obrigações contraídas a partir de julho de 1994, inclusive, se fizesse obrigatoriamente pela variação acumulada do Índice de Preços ao Consumidor Série r (IPC-r). Um dia depois da publicação da lei, a MP nº 1.053/95 determinou que o IPC-r deixasse de ser calculado a partir de 1º de julho de 1995.

⁽⁴⁾ A Lei nº 6.423/77 vinculou a correção monetária em virtude de disposição legal ou contratual à variação nominal das ORTN, considerando de nenhum efeito a estipulação de qualquer outro indexador.

⁽⁵⁾ No Rio de Janeiro, a utilização dos BTN para atualizar os débitos judiciais a partir de 1º de fevereiro de 1989 foi determinada pelo Provimento nº 220/89 do Corregedor-Geral da Justiça.

Esses expedientes receberam do Judiciário a merecida repulsa, uniformizando-se a jurisprudência no sentido de se corrigirem os débitos judiciais pela variação do IPC correspondente ao mês anterior ao de referência, em lugar do BTN indevidamente expurgado ⁽⁶⁾.

Essa solução deu origem a outro problema: a questão do IPC de janeiro de 1989, cujo período de cálculo fora casuisticamente alterado pela lei que instituiu o Plano Verão.

Tradicionalmente, o IPC refletia a média dos preços praticados entre o dia 16 do mês anterior e o dia 15 do mês de referência. O IPC de janeiro de 89 deveria, portanto, basear-se na variação dos preços constatados entre 16 de dezembro de 1988 e 15 de janeiro de 1989.

Entretanto, o art. 9º, I, da Lei nº 7.730/89, e a Portaria Interministerial nº 202/89 determinaram que o IPC de janeiro de 89 seria calculado comparando-se os preços vigentes entre os dias 17 e 23 de janeiro com a média dos preços registrados no período de 15 de novembro a 15 de dezembro de 1988. O resultado obtido – 70,28% –, além de abranger um período muito superior a trinta dias, implicou em computar novamente no índice de janeiro a inflação correspondente a dezembro, punindo duplamente os devedores. O remédio para mais esse casuismo foi alvitado pela E. Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 43.055-0-SP, o qual determinou que, em lugar do IPC oficial de janeiro de 1989, fosse adotado o IPC *pro rata diei* de 42,72%, equivalente à inflação presumidamente ocorrida em um período normal de trinta dias. Esse julgado ⁽⁷⁾ foi uniformemente acompanhado pela

⁽⁶⁾ “Processual Civil. Liquidação de Sentença. Inclusão. Correção Monetária. Expurgos Inflacionários. Janeiro de 1989, Março a Maio de 1990 e Fevereiro de 1991. A jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que, em sede de liquidação de sentença, o cálculo da correção monetária deve ser efetuado de modo a refletir a efetiva desvalorização da moeda, provocada pelo fenômeno da inflação, sendo descabido o uso de índices que contenham expurgos ditados pela política governamental.

“A correção monetária é mero instrumento de atualização do valor nominal expresso em moeda, devendo incidir na conta de liquidação de sentença, sem que tal providência afete a coisa julgada.” (REsp nº 170.308-DF – 6ª T. – unân. – j. 09.06.98 – DJU 29.06.98, pg. 384 - Rel. Min. Vicente Leal). Cf, no mesmo teor: REsp nº 170.133-SP (6ª T. – unân. – j. 09.06.98 – DJU 29.06.98, pg. 384 – Rel. Min. Vicente Leal); REsp nº 172.110-DF (5ª T. – unân. – j. 22.09.98 – DJU 13.10.98, pg. 179 – Rel. Min. Félix Fischer); REsp nº 179.307-DF – 5ª T. – unân. – j. 22.09.98 – DJU 13.10.98, pg. 179 – Rel. Min. José Arnaldo; REsp nº 133.058-SP – 6ª T. – unân. – j. 03.09.98 – DJU 13.10.98, pg. 193 – Rel. Min. Anselmo Santiago).

⁽⁷⁾ “EMENTA: Direito Econômico. Correção monetária. Janeiro/1989. “Plano Verão”. Liquidação. IPC. Real índice inflacionário. Critério de cálculo. Art. 9º, I e II, da Lei 7.730/89. Atuação do Judiciário no plano econômico. Considerações em torno do índice de fevereiro. Recurso parcialmente provido.

I- Ao Judiciário, uma vez acionado e tomando em consideração os fatos econômicos, incumbe aplicar as normas de regência, dando a essas, inclusive, exegese e sentido ajustados aos princípios gerais de direito, como o que veda o enriquecimento sem causa.

jurisprudência posterior ⁽⁸⁾, estando suas conclusões consolidadas na Súmula nº 41 do TRF da 1ª Região (“Os índices integrais de correção monetária, incluídos os expurgos inflacionários, a serem aplicados na execução de sentença, ainda que nele não haja previsão expressa, são de 42,72% em janeiro de 1989, 10,14% em fevereiro de 1989, 84,32% em março de 1990, 44,80% em abril de 1990, 7,87% em maio de 1990 e 21,87% em fevereiro de 1991 ⁽⁹⁾.”)

Oportuna, nesse passo, uma observação sobre o item 16.3 do Ato Normativo nº 10/93, da E. Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que disciplina a feitura dos cálculos nas ações previdenciárias e acidentárias.

De acordo com o mencionado dispositivo, “desde que determinado expressa e individualizadamente na sentença liquidanda, será devolvido o expurgo da correção monetária de 70,28%, relativo a janeiro de 1989; da correção de 30,46%, havido em março de 1990 (diferença entre os 84,32% de inflação apurada pelo IPC e os 41,28% computados ao BTN), e da correção de 44,80%, ocorrido (*sic*) em abril de 1990”.

Ressalvada a menção feita ao IPC integral de janeiro de 89, em lugar do índice *pro rata diei* supramencionado, deve-se acentuar que essa determinação, profundamente lesiva aos interesses dos credores da Previdência, como acima se demonstrou, não encontra amparo na jurisprudência do STJ, firme no sentido de que a devolução dos expurgos inflacionários independe de previsão expressa pela decisão exequenda ⁽¹⁰⁾. E nem poderia ser diferente, uma vez que a correção monetária não acresce valor ao débito, sendo, bem ao contrário, mera recomposição do poder aquisitivo da moeda subtraído inexoravelmente pela inflação.

II - O divulgado IPC de janeiro/89 (70,28%), considerados a forma atípica e anômala com que obtido e o flagrante descompasso com os demais índices, não refletiu a real oscilação inflacionária verificada no período, melhor se prestando a retratar tal variação o percentual de 42,72%, a incidir nas atualizações monetárias em sede de procedimento liquidatório.

III - Ao Superior Tribunal de Justiça, por missão constitucional, cabe assegurar a autoridade da lei federal e sua exata interpretação” (maioria; j. 25-08-94; Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Cf. íntegra in RSTJ nº 73:306 e segs.)

⁽⁸⁾ Cf. REsp nº 109.855-SP (6ª T. – unân. – j. 09.09.97 – DJU 17.08.98, pg. 96 – Rel. Min. Vicente Leal); REsp 155.729-SP – 6ª T. – unân. – j. 19.03.98 – DJU 17.08.98, pg. 100 – Rel. Min. Anselmo Santiago); REsp 171.709-SP (6ª T. – unân. – j. 06.08.98 – DJU 17.08.98, pg. 109 – Rel. Min. Fernando Gonçalves).

⁽⁹⁾ O índice de fevereiro de 91 deve ser aplicado em março de 91, em lugar da TR, cuja variação inicial, fixada arbitrariamente, importaria em considerar inexistente a inflação referente a esse mês.

⁽¹⁰⁾ Ver a jurisprudência mencionada na nota nº 6.

2.2 TR e correção monetária de débitos judiciais

Em nova e radical tentativa de romper a inflação inercial, ou seja, o repasse da inflação ocorrida em um determinado mês aos preços praticados no mês seguinte, em um processo ininterrupto de realimentação do processo inflacionário, a Lei nº 8.177/91 extinguiu o BTN e criou um novo indexador, a TR. Esta, diferentemente de seus predecessores, não seria calculada com base na inflação passada, e sim a partir da expectativa de inflação futura, apurada de acordo com a “remuneração média mensal líquida de depósitos fixos captados por bancos privados, tomando por base os títulos emitidos pelas trinta instituições financeiras com maior volume de depósitos a prazo fixo”⁽¹¹⁾. Sobre essa média seria aplicado um redutor, inicialmente de dois por cento, supostamente correspondente à taxa histórica de juros reais.

De imediato, os Tribunais de Justiça e o Conselho de Justiça Federal editaram atos administrativos determinando a utilização da TR na feitura dos cálculos judiciais⁽¹²⁾.

Todavia, em abril de 1991, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a ADIn nº 493-0-DF, argüindo a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 8.177/91 que impunham a aplicação da TR aos contratos do Sistema Financeiro de Habitação celebrados anteriormente à sua vigência⁽¹³⁾.

Após um minucioso exame das características do novo indexador, o ilustre Ministro **Moreira Alves**, Relator da representação, descartou-o como índice neutro de correção monetária, eis que a sua composição, além da inflação esperada, refletia também a competição entre os bancos pela captação de depósitos a prazo fixo, mediante a oferta de taxas atraentes de remuneração, fazendo com que, mesmo em períodos de plena estabilidade monetária, a TR pudesse ostentar percentuais relativamente elevados. Em consequência, “a atualização pela TR” – advertiu **Moreira Alves** – “altera não apenas a expressão nominal, mas também o valor real das prestações dos contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 8.177/91”, vulnerando a garantia constitucional de inviolabilidade do ato jurídico perfeito pela legislação superveniente.

Na esteira desse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça passou a também considerar inapropriada a utilização da TR como indexador de débitos judiciais, pelo mesmo fundamento: a natureza inteiramente aleatória

(11) Resolução nº 1.805, de 27.03.91, do Conselho Monetário Nacional.

(12) No Estado do Rio de Janeiro, a aplicação da TR aos cálculos judiciais foi determinada pelo Provimento nº 02/91, do Presidente do TJRJ.

(13) Foi argüida a inconstitucionalidade dos arts. 18, *caput* e §§ 1º e 4º; 20; 21 e § único; 23 e §§ e 24 e §§.

do novo indexador, sujeitando-o à influência de fatores inteiramente estranhos à inflação propriamente dita, tais como a política de juros do governo ou o acerto da previsão relativa à inflação futura, feita pelas instituições financeiras no início de cada mês. Emblemática, nesse sentido, a decisão no REsp nº 57.923-6-SP, a qual merece transcrita em parte:

“O Supremo Tribunal Federal, como dito, com três votos vencidos, considerou que inadequada a TR como critério de correção. Disso se poderia eventualmente discordar, sem incidir na censura de estar desconsiderando decisão da Corte, a quem cabe dizer a última palavra em matéria constitucional. As assertivas quanto à natureza da TR não integram o dispositivo do julgado, apenas servindo-lhe de fundamento. A decisão limitou-se a reconhecer a inconstitucionalidade, por ofensa a direito adquirido. Cumpre reconhecer, entretanto, que não seria, de qualquer sorte, recomendável a discrepância de entendimentos. Ademais, é convincente a argumentação que levou o Supremo Tribunal àquela conclusão. Efetivamente, embora pareça certo que a lei pretendeu criar um indexador, que ajustasse a expressão do valor monetário à realidade econômica, valeu-se de instrumento que não assegura a necessária correlação entre uma e outra. Procurando resguardá-la, introduziu-se um redutor, inicialmente fixado em dois por cento ao mês, que corresponderia à taxa média histórica de juros reais. Não se ignora, entretanto, que o custo de captação oscila em virtude de diversos fatores, notadamente a taxa de liquidez, estranhos à pura influência do processo inflacionário.

“O exame da evolução da TR, em comparação com os índices que detectam a desvalorização da moeda, mostra que nem sempre sua incidência se revelou mais gravosa. Tem variado, como, aliás, também sucede com aqueles índices, freqüentemente não coincidentes. O certo, entretanto, é que, além da presença de elemento cuja fixação é algo aleatória – o redutor – a base de cálculo não é pró-

pria. Adotá-la pode conduzir a distorções que devem ser evitadas. Desse modo, onde não houver determinação em lei de que se deva aplicar a TR, seja por realmente omissa, seja por vício de inconstitucionalidade, outro critério para reajuste se haverá de buscar.

“No quadro exposto, entendo merecer acolhimento a solução por que se tem inclinado a jurisprudência deste Tribunal. Salvo hipóteses em que haja previsão legal ou contratual, o que haverá de ser objeto de exame em separado, recomenda-se, como fator de correção, a adoção de índice que exprima a desvalorização da moeda. ⁽¹⁴⁾”

Pacificou-se a jurisprudência, portanto, no sentido de que a correção dos débitos judiciais deve pautar-se por índice que efetivamente registre a evolução do processo inflacionário, variando as decisões tão-somente no tocante ao indexador que deva ser adotado. Por ordem de preferência, têm sido propostos o INPC ⁽¹⁵⁾, o IPC ⁽¹⁶⁾ e a UFIR ⁽¹⁷⁾, devendo-se assinalar que o IPC deixou de ser calculado pelo IBGE desde março de 91, por força da MP n° 294, de 31 de janeiro de 1991. Quanto à UFIR, sua variação passou a ser trimestral a partir de janeiro de 1995, tornando-se semestral a desde janeiro de 1996, razão por que a sua utilização, a nosso ver, não preserva suficientemente o valor dos créditos.

3. O art. 41, § 7º, da Lei n° 8.213/91

Afastada a utilização da TR como indexador dos débitos judiciais, uma nova questão, relativa especificamente aos débitos previdenciários, surgiu com a edição da Lei n° 8.213/91, cujo art. 41, § 7º dispõe que “o pagamento

⁽¹⁴⁾ unân. – j. 22.08.95 - Relator Min. Eduardo Ribeiro. Cf. íntegra em Revista *Lex* – Jurisprudência do STJ e TRF' s, n° 79, pg. 245 e segs.

⁽¹⁵⁾ Ediv no REsp 54.564-0-SP – 3ª Seção – j. 26.09.1995 – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 06.11.1995; REsp n° 38.758-2-RJ – 5ª T. – j. 18.10.95 – Rel. Min. Assis Toledo – DJU 20.11.95; Ap. Civ. 94.04.08565-0/PR – 2ª T. do TRF – 4ª Reg. – j. 17.04.95 – Rel. Juíza Tania Escobar – DJU 03-05-95.

⁽¹⁶⁾ REsp 133.245-SP; 133.330-SP (DJU 25.02.98, pg. 100/101); 136.119-SP (*idem*, pg. 102); 144.081-SP (*idem*, pg. 104) da 5ª T.; Ap. 33.102 –TACiv-RJ – 6ª Câmara, reg. 05.06.95 – Rel. Juiz Nilson Dião.

⁽¹⁷⁾ AI 94.04.45886-4-RS - TRF – 4ª Reg. - v.u. - 4ª T., publ. 13.12.95 – Rel. Juíza Silvia Goraieb.

das parcelas relativas a benefícios, efetuado com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado de acordo com a variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, verificado no período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento”.

A aplicação desse dispositivo aos débitos judiciais tem sido objeto de acalorada controvérsia, cujo desate ainda parece distante, podendo-se distinguir na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça três posicionamentos. Uma primeira corrente vê no art. 41, § 7º, da Lei de Custeio e Benefícios e legislação superveniente ⁽¹⁸⁾ disposição que se limita a estender a correção monetária às prestações pagas com atraso na via administrativa, as quais não gozavam de qualquer proteção contra a corrosão inflacionária, permanecendo os débitos da Previdência na via judicial sob a égide da Lei nº 6.899/81. Exemplo marcante dessa tendência se encontra no REsp nº 64.238-8-RJ, cuja fundamentação se baseia em parecer da ilustre Procuradora de Justiça, Drª Marli Tavares:

“ (...) há que se distinguir entre reajuste e correção monetária.

“O reajuste nada mais é do que a atualização do valor dos benefícios mês a mês, que deveriam ter sido pagos pelo órgão segurador nas datas aprazadas, o qual sem sombra de dúvida se faz com observância dos índices previdenciários (art. 5º, da lei 6.367/76, art. 58, parág. único do ADCT, da Constituição Federal de 1988, art. 41, II c/c art. 145, da Lei 8.213/91, e a partir de 1º de janeiro de 1993, será feito pelo IRSM, de acordo com o artigo 9º, § 2º, da lei 8.542, de 23 de dezembro de 1992.

“Quanto à correção monetária, consiste na recomposição do valor da moeda em razão da inflação. Assim, encontrados os valores reajustados dos benefícios e como não foram pagos na época devida, vez que reconhecidos somente em decisão judicial, sobre este débito é que incidirá a correção monetária em decorrência da lei 6.899/81, que

⁽¹⁸⁾ O INPC, preconizado na redação original do art. 41, § 7º, foi substituído pelo IRSM por força do art. 9º, § 2º, da Lei nº 8.542/92; em seguida, pela variação do IPC-r, pelo art. 20, § 6º, da Lei nº 8.880/94; posteriormente pela variação do INPC (art. 8º da MP nº 1.053/95) e finalmente pelo IGP-DI, *ex vi* da MP nº 1.415/96.

determina que sobre qualquer débito resultante da decisão judicial aplicar-se-á a correção.

“Feita esta distinção, não há como comungar-se do mesmo entendimento em que se fundamenta o acórdão recorrido, e conseqüentemente, como se afirmar que a aplicação da lei 6.899/81, aos cálculos de liquidação nas ações acidentárias acarretará dupla correção.” (REsp nº 64.238 – 5ª T. – unân. – j. 30.08.95 – DJU 25-09-95 – Rel. Min. José Dantas) ⁽¹⁹⁾

Uma segunda corrente vê no art. 41, § 7º, da Lei nº 8.213/91 e na legislação superveniente verdadeira derrogação da Lei nº 6.899/81 em relação aos débitos previdenciários. Merece reproduzido em parte o acórdão no REsp nº 147.208-RJ:

“Em sintonia com a remansosa jurisprudência deste STJ, o acórdão que determinou a correção monetária com observância da Lei 6.899/81, esclarecendo por devida a incidência do INPC da Lei 8.213/91, bem assim de outros índices oficiais decorrentes das diversas modificações havidas no texto desse diploma legal. Aliás, vale conferir a fundamentação do aresto:

“ Induvidosamente, e aliás como proclamado não só pelo verbete da Súmula 23 deste E. Tribunal de Alçada Cível, mas também pelo da Súmula 148 do STJ, urge corrigir monetariamente o valor das prestações acidentárias cobradas em Juízo, aplicando-se os princípios da invocada Lei nº 8.213/91, passou o sistema previdenciário, e, pois, o acidentário, a contar com seus próprios índices, que devem a partir de então ser observados, dado que se cuida de normas de cunho especial, que não de prevalecer sobre as aplicáveis à generalidade das relações de outra índole, sem que esse procedimento possa constituir afronta à recomendação acima indicada, porquanto o diploma legal ali re-

⁽¹⁹⁾ Cf., no mesmo sentido: REsp nº 147.208-RJ – 6ª T. – unân. – j. 07-10-97 – Rel. Min. William Patterson; REsp nº 133.275-SP – DJU 08-09-97 – Rel. Min. Félix Fischer; REsp nº 74.443-RJ – 5ª T. – unân. – j. 29.11.95 – Rel. Min. José Dantas; REsp nº 67.767 – unân. – 6ª T. – j. 05-12-95 – Rel. Min. Adhemar Maciel .

ferido simplesmente determina a atualização monetária de débitos resultantes de decisões judiciais, e a manifestação normativa que o regulamento mandou aplicar índices genéricos, não mais existentes.”⁽²⁰⁾

Uma terceira corrente, minoritária, contorna a questão, estabelecendo que os benefícios previdenciários devam ser corrigidos pela variação do salário mínimo. É o caso do acórdão no REsp nº 151.126-SP, cuja ementa dispõe:

“ Resp – Previdenciário – Benefício – Correção – Salário Mínimo – Os benefícios visam a compensar ou substituir salário, que, por sua vez, evidencia caráter alimentar. A atualização do respectivo valor deve ajustar o valor formal ao valor material da prestação. Busca concretizar o equilíbrio das relações jurídicas. O salário mínimo, coordenado com os preços de mercadoria de consumo, melhor atende à hipótese. Ajusta-se, ademais, ao art. 58 do ADCT” (6ª T. – unân. – j. 04.11.97 – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro)⁽²¹⁾

Dos três critérios propostos pelo Superior Tribunal de Justiça, o da correção pela variação do salário mínimo é, sem dúvida, o menos convincente. De fato, os defensores desse terceiro posicionamento aplicam analogicamente à correção monetária o disposto no art. 58 do ADCT, norma de âmbito extremamente restrito, uma vez que a sua finalidade foi recuperar o valor dos benefícios em curso à data da promulgação da Lei Magna, restabelecendo a sua proporcionalidade original em relação ao salário mínimo, a qual deveria ser mantida até a edição e implantação do Plano de Custeio e Benefícios da Previdência, o que ocorreu a 09 de dezembro de 1991.

Essas peculiaridades permitem conceituar o art. 58 do ADCT como norma de direito transitório e de caráter excepcional, o que contra-indica a sua extensão analógica a hipóteses não previstas pelo ordenamento jurídico.

⁽²⁰⁾ Ac. unân. da 6ª T. – j. 07.10.97 – Rel. Min. William Patterson. No mesmo sentido: REsp 147.866-SP – 5ª T. – unân. – j. 27.08.96 – DJU 07.10.96 – Rel. Min. Edson Vidigal; REsp 73.269-RJ; 73.728-RJ; 74.517-RJ e 74.940-RJ, todos da 5ª T., publicados no DJU de 07.10.96; REsp 131.968-SP (6ª T. – unân. – j. em 05.08.97 – DJU 25.02.98, pg. 129 – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro; REsp 91.400 – SC (6ª T. – unân. – j. 27.08.96 – DJU 07-10-96 – Rel. Min. Anselmo Santiago)

⁽²¹⁾ V., no mesmo sentido: REsp nº 43.853-5/SP, reproduzido in RSTJ 80:396; REsp 171.537-SP (6ª T. – unân. – j. 04.08.98 – DJU 31.08.98, pg. 129 – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro); REsp 171.516-SE (6ª T. – unân. – j. 23.06.98 – DJU 17.08.98, pg. 108 – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

Assim tem decidido o Supremo Tribunal Federal, como exemplifica o RE nº 204.052-5, da 1ª Turma:

“A aplicação de uma regra de direito transitório a situações que se formaram posteriormente ao momento de sua vigência subverte a própria finalidade que motivou a edição do preceito excepcional, destinado, em sua específica função jurídica, a reger situações já existentes à época da sua promulgação.”⁽²²⁾

Em segundo lugar, desde a promulgação da Lei nº 6.205/75, vigora no Direito brasileiro a proibição de utilizar-se o salário mínimo como indexador, tendência reafirmada pelo art. 7º, IV, da Constituição Federal, que proíbe a sua vinculação para qualquer fim.

Ora, preencher uma lacuna legal por intermédio da analogia consiste em extrair do direito positivo uma norma que nele já se encontra em potencial, inferindo-a da disciplina de hipótese semelhante (*analogia legis*) ou dos princípios gerais de direito (*analogia juris*). Assim, não nos parece de boa técnica apoiar uma aplicação analógica em uma norma não mais vigente e de âmbito deliberadamente restrito, como o art. 58 do ADCT, ou deduzir do ordenamento jurídico um dispositivo que, se existisse, seria contrário à própria Constituição.

Observe-se, igualmente, que, no tocante ao reajuste dos benefícios previdenciários, a jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente afirmado que os índices previstos na legislação previdenciária estão conformes ao art. 201, § 2º, da CF, não sendo de aplicar-se o disposto no art. 58 do ADCT posteriormente a dezembro de 1991⁽²³⁾. Seria, no mínimo, incoerente entender que os índices previdenciários são adequados para resguardar o valor dos benefícios em manutenção – cuja natureza alimentar é mais imediata, pois que se destinam a assegurar a própria sobrevivência do segurado – e insuficientes para corrigir as prestações

⁽²²⁾ V. íntegra na nota nº 23.

⁽²³⁾ “ **Benefício Previdenciário. Prestação Continuada. Concessão após a promulgação da CF/88.** – Somente os benefícios de prestação continuada, mantidos pela Previdência Social na data da promulgação da Constituição, são suscetíveis de sofrer a revisão de seus valores de acordo com os critérios estabelecidos no art. 58 do ADCT/1988, cuja incidência, temporalmente delimitada, não se projeta sobre situações de caráter previdenciário constituídas após 5 de outubro de 1988. Precedentes. A aplicação de uma regra de direito transitório a situações que se formaram posteriormente ao momento de sua vigência subverte a própria finalidade que motivou a edição do preceito excepcional, destinado, em sua específica função jurídica, a reger situações já existentes à época da sua promulgação. O reajustamento dos benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social após a promulgação da Constitui-

em atraso, as quais, corrigidas pela variação do salário mínimo, alcançariam montante superior ao das prestações já implantadas.

Resta, portanto, definir, entre as duas primeiras correntes, qual apresenta a argumentação mais persuasiva, se a que manda tratar os benefícios previdenciários como os demais débitos judiciais, ou se a que determina a aplicação dos índices da própria legislação previdenciária.

Desde já advertimos que não comungamos do entendimento de que o art. 41, § 7º, da Lei de Custeio e Benefícios tenha derogado a Lei nº 6.899/81 no que diz respeito aos débitos previdenciários cobrados em Juízo. O motivo foi exposto, com a habitual clareza, por CARLOS MAXIMILIANO, no clássico *Hermenêutica e Aplicação do Direito*:

“Tomada a interpretação sob o aspecto formal ou técnico-sistemático, deve-se ter em vista, *acima de tudo*, o lugar em que um dispositivo se encontra. Especialmente das relações com os parágrafos vizinhos, o instituto a que pertence e o conjunto da legislação se deduzem conclusões de alcance prático, elementos para fixar as raiais de domínio da regra positiva.”⁽²⁴⁾

Ora, nada autoriza a conclusão de que um mero parágrafo, inserto em dispositivo que trata exclusivamente dos benefícios em manutenção, tenha pretendido disciplinar a correção monetária de débitos judiciais. Comumente, a morosa burocracia da Previdência faz com que os procedimentos para a concessão e implantação de benefícios se arrastem durante meses, findos os quais as prestações em atraso eram pagas sem qualquer correção. Consentâneo, portanto, o entendimento de que, com o art. 41, § 7º, da Lei Previdenciária, o legislador tenha buscado reparar os prejuízos que a impontualidade da Autarquia poderia causar aos titulares desses benefícios⁽²⁵⁾, evitando o enriquecimento sem causa do INSS.

ção rege-se pelos critérios definidos em lei - CF, art. 201, § 2º, da Carta Política - constituindo típica norma de integração - reclama, para efeito de sua integral aplicabilidade, a necessária intervenção concretizadora do legislador - *interpositio legislatoris*. Existência da Lei nº 8.213, de 1991, que dispõe sobre o regulamento dos valores dos benefícios previdenciários - arts. 41 e 144.” (RE 204.052-5-SP- STF - 1º T. - unân. - publ. 06.06.97 - Rel. Min. Celso de Mello - in Informativo Semanal ADV-COAD, nº 33/97, ementa nº 79.677).

⁽²⁴⁾ RJ, Forense, 1998, pg. 269.

⁽²⁵⁾ “Acidente do Trabalho. Cálculo de Liquidação. Critério. Correção Monetária. Aplicação da Lei 6899. Recurso Repelido.” 1. O cálculo foi feito de acordo com as normas vigentes, quais sejam, em uma primeira fase, a adoção dos índices previdenciários, até 31 de março de 89. Depois, restabeleceu-se a equivalência salarial, de acordo com o art. 58 do ADCT, até abril / 91, quando passou o reajuste a ser vinculado à variação do INPC” 2. A correção monetária,

Não obstante, como a Lei nº 6.899/81 permanece sem regulamentação, tornando impositivo o recurso à analogia, temos como defensável a aplicação do art. 41, § 7º aos débitos previdenciários cobrados na via judicial.

Nesse passo, mais uma vez se mostra oportuno o ensinamento de CARLOS MAXIMILIANO:

“Funda-se a analogia, não como se pensou outra, na *vontade* presumida do legislador, e, sim, no princípio de verdadeira justiça, de *igualdade* jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes; neste sentido aquele processo tradicional constitui genuíno elemento sociológico da Aplicação do Direito.”⁽²⁶⁾

Nada mais justo, por conseguinte, que os credores da Previdência na via judicial recebam o mesmo tratamento que os titulares dos benefícios em manutenção, até que a lei estabeleça novo indexador para os débitos judiciais. Ressalte-se que, como o índice de correção monetária previsto pela Lei específica é o mesmo utilizado nos reajustes dos benefícios, as prestações em atraso passam a ser atualizadas pelos mesmos critérios que os benefícios em manutenção, conservando-se equiparadas a estes e resguardadas, portanto, em sua natureza de dívidas de valor.

4. Conclusão

A Súmula nº 148 do Superior Tribunal de Justiça, pondo termo a antiga dissensão jurisprudencial, estabeleceu que as prestações previdenciárias cobradas em Juízo devem ser corrigidas pela Lei nº 6.899/81 a partir da sua entrada em vigor.

A inexistência no ordenamento jurídico, desde janeiro de 1989, de dispositivo que regulamente a Lei mencionada transferiu para o Judiciário a responsabilidade pela escolha de índices que protejam os créditos judiciais con-

todavia, deve ter como fundamento a Lei 6899/81, e não a regra do § 7º do art. 41 da Lei 8213, que somente se aplica administrativamente. Alcançada a renda mensal, pela aplicação das normas acima apontadas, será ela corrigida pela Lei 6899, aplicando-se-lhe, ainda, os juros da mora, ambas decorrentes de decisão judicial” 3. Apelo rejeitado” (Apelação nº 10.418/93 - 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro – unân. – j. 16.11.93 – Rel. Juiz Gustavo A. Kuhl Leite).

⁽²⁶⁾ *Op. cit.*, pg. 210.

tra a instabilidade da moeda. Com essa finalidade, orientaram-se os Tribunais no sentido de que a correção monetária deve ensejar a recomposição tanto quanto possível integral dos referidos créditos, repelindo-se os expedientes adotados pelas autoridades econômicas para dissimular a inflação, como no caso dos conhecidos expurgos inflacionários.

Quanto à TR, deve ser evitada a sua utilização como indexador fora das hipóteses previstas em lei, porquanto entram na sua composição elementos inteiramente aleatórios, como a expectativa de inflação, a competição entre os bancos pela captação de recursos e a política de juros, como a que atualmente procura impedir a fuga de capitais especulativos pela manutenção dos juros em patamares anormalmente elevados.

Concluindo, falta ainda ao Superior Tribunal de Justiça uniformizar o seu entendimento a respeito da aplicabilidade do disposto no art. 41, § 7º, da Lei nº 8.213/91 e legislação superveniente aos débitos previdenciários cobrados em Juízo. Deve-se considerar admissível, porém, a sua aplicação analógica aos débitos judiciais, com fundamento no princípio *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*, até que a lei geral de correção dos débitos judiciais receba nova regulamentação.

1 - Introdução. 2 - A primeira onda: a ordem privada no Estado liberal. 3 - A segunda onda: Estado social e intervencionismo. 4 - A terceira onda: reperiodização e despatrimonialização - suas repercussões no contrato. 5 - A quarta onda: globalização. 6 - Conclusão. 7 - Bibliografia.

1 - Introdução

O contrato, enquanto o instrumento de maior significado e presença na vida econômica, sofreu, ao longo dos séculos, transformações em suas bases, como reflexo da mudança operada por suas condições históricas e sociais, desde o conceito tradicional, formulado sob a égide do Estado liberal, impregnado pela autonomia da vontade contratante, na dicotomia entre Estado e sociedade, sendo defendida sua particularidade, quase por completo, a formação da ordem privada.¹⁰

¹⁰ A matéria apresentada na disciplina Teoria do Direito Civil II, ministrada pelo professor Luiz Sérgio Ferraz, na disciplina de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob a orientação do professor Dr. Fernando César de Souza, junho de 2011, pp. 201-202.

(*) DAISY PALMIERI DA COSTA é Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.



A ASFIXIA DA PREVIDÊNCIA

BENEDITO CALHEIROS BOMFIM *

A Previdência Social - assim designada pela primeira vez na Constituição de 1946 - pode ser definida, em sentido estrito, como um sistema de seguro público formado por contribuições obrigatórias, visando a cobrir: invalidez, velhice, doença, morte, tempo de contribuição, encargos da maternidade.

Suas fontes originais de custeio, estabelecidas desde a Constituição de 1934, provinham de "contribuição igual da União, do empregador e do empregado". Como então a correlação era de sete segurados em atividade para um inativo, numa economia informal inexpressiva, o sistema pôde ostentar nas primeiras décadas um quadro financeiro saudável, superavitário.

Com o decorrer do tempo, a União, que já vinha recolhendo irregularmente suas contribuições, não somente cessou de fazê-lo, como ainda desviou colossais recursos do sistema, para auxiliar a construção de grandes obras, tais como Brasília, Ponte Rio-Niteroi, Transamazônica, bem como na amortização dos juros da dívida pública. Em março/95, o então Ministro da Previdência, Reinhold Stephanes, revelou que o Governo de Juscelino Kubitschek desviara entre 20 e 30 bilhões de reais da Previdência para a construção de Brasília.

A legislação brasileira concedia aposentadoria, sem limitação de idade, com 30 anos de serviço para mulher segurada e 35 para homens. Essa modalidade de aposentadoria precoce, inexistente mesmo em países desenvolvidos, e que se tornou o mais cobiçado e o mais gravoso benefício do sistema, premiou, com vencimentos integrais, centenas de milhares de trabalhadores de meia idade, no vigor de suas forças e de sua capacidade laboral. Também conhecida como aposentadoria ordinária, só veio a ser extinta, e com repercussão a médio e longo prazo, pela Emenda Constitucional nº 20/98. Era permitido, ainda, aos beneficiados por ela acumular o seu rendimento com o de outra aposentadoria, auferido em atividade diversa, ou seja, uma dupla ou tripla aposentadoria, acrescida da remuneração de um eventual novo emprego. Não era incomum, e até há pouco tempo isso ainda ocorria, segurados

* Da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Ex-presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros.

inativos ganharem mais do que os em atividade. Mesmo assim, em 1966, ao sair do Ministério do Trabalho e Previdência Social o ministro Arnaldo Sussekind informava que deixava um superávit de 153 bilhões de cruzeiros.

Para aceleração do desequilíbrio financeiro do sistema vieram concorrer o alongamento da expectativa de vida dos segurados e a implantação do FGTS, o qual imprimiu rotatividade ao emprego, com a consequente massa de trabalhadores atirados à informalidade. Com a assunção (pelo INAMPS) da assistência médico-hospitalar, propiciadora de fraudes recorrentes e vultosas, verificou-se brutal elevação dos gastos da Previdência. Isso, para não falar no regime de benefício previdenciário privilegiado dos servidores públicos, particularmente de magistrados (aposentadoria) e militares (reforma), pertencentes a um regime previdenciário próprio. Nomeavam-se então ministros do STF e de Tribunais Superiores, mesmo com mais de 65 anos, na maioria advogados e juristas de nomeada, os quais, pouco depois, aos 70 anos, aposentavam-se compulsoriamente com vencimentos integrais do cargo.

A agravar ainda mais a situação da Previdência, havia, e ainda há, a colossal dívida de muitos milhares de empresas, decorrente do fechamento, atraso ou cessação de suas contribuições, inadimplência imputável, em grande parte, à incúria, à deficiência de fiscalização, falta de firmeza na cobrança dos débitos, a favorecimentos políticos. Mais de 70% desses créditos são irrecuperáveis, porque as empresas devedoras faliram, extinguíram-se, tornaram-se inativas, ou desapareceram e, das restantes, milhares parcelaram seus débitos, por acordo, para pagamento em 15 ou 20 anos. Some-se a isso o pesado passivo das dívidas decorrentes de sentenças judiciais. As nomeações dos dirigentes da Previdência, ditadas quase sempre por critérios políticos, e não técnicos, respondem em boa parte pelo empreguismo anterior a 1988, desacertos, desfalques e descalabros dos respectivos órgãos. A despesa do INSS em 1988 era de 2,5% do PIB e de mais de 7,5% do PIB, hoje. Tornara-se comum a celebração de acordos em reclamações trabalhistas, em que o empregado abria mão do vínculo empregatício em troca de indenização, isentando-se o empregador do ônus das contribuições previdenciárias.

Mas foi a Constituição democrática de 1988 que, embora com a melhor das intenções, ao conferir à Previdência atribuições de assistência social e assistência à saúde, próprios da amplitude da Seguridade Social, acabou de levar o sistema a uma crise aguda. Entre as inovações, destaque-se a concessão de “um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família” (art. 203, V), sem a contrapartida da contribuição previdenciária. Esses trabalhadores urbanos, juntos com os rurais, representam quase metade dos beneficiários do sistema. A estes concedeu-se o direito à aposentadoria com redução em 5 anos no limite de idade.

As renúncias fiscais, muito utilizadas de algumas décadas para cá, têm contribuído sensivelmente para a queda da arrecadação da Previdência. A

desoneração das cotas previdenciárias beneficiou também entidades filantrópicas. Devido a isenções, segundo relatou, em 2002, o ministro do TCU Walton Alencar Rodrigues, o sistema previdenciário deixou de arrecadar dez bilhões de reais.

No mesmo ano, o Presidente da CNC tornou público que o INSS registrou o déficit de 127 bilhões, enquanto o déficit relativo aos servidores públicos da União montou a 27 bilhões de reais.

Com o fim de salvar a Previdência do colapso para o qual caminha, urge promover uma profunda, radical e audaz reforma.

É notório que o popular jogo do bicho utiliza no país, na informalidade, uma imensa mão-de-obra. Trata-se de uma atividade, posto que considerada contravenção, — e injustamente, mesmo porque pululam no Brasil loterias e outras modalidades de jogos — que está virtualmente institucionalizada e até oficializada em vários Estados. Manter, hipocritamente, esse jogo de azar como atividade ilícita, só interessa à polícia, que dele também se alimenta, e aos banqueiros, que o mantêm e se apropriam de todo o lucro. Sua legalização, atraindo todos quantos nele se ocupam para a formalidade, além de ser medida contra a corrupção, reduzirá a violência, conhecida, como é, sua promiscuidade com o crime organizado. A medida alargaria substancialmente o quadro de contribuintes da Previdência. Em vez de ir para o bolso dos banqueiros e para a corrupção, o rendimento do jogo, uma vez oficializado, seria canalizado para os cofres da Previdência.

Há, ainda, que implementar a taxação das “grandes fortunas”, como dispõe o art. 153, VII, da CF, e destinar o produto financeiro desse imposto aos cofres da Previdência. A mesma medida deve ser estendida às grandes heranças.

Com idêntica finalidade, e sem propriamente restringir direitos, mas apenas tornar o sistema menos desigual, propomos ainda, sem prejuízo, de outras medidas:

- a) separar a previdência social da assistência social e da assistência à saúde, com o que o financiamento de uma e outra passariam ao Ministério da Assistência Social e ao Ministério da Saúde, respectivamente;
- b) extinguir o poder de despedida arbitrária, fomentadora da rotatividade e do desemprego, redutores da arrecadação previdenciária;
- c) entregar o Ministério e a gestão da Previdência a técnicos, alijando-os de qualquer influência política;
- d) punir, efetivamente, como crimes de apropriação indébita, como manda a lei, os empresários que descontam, mas não recolhem as contribuições do trabalhador;
- e) cobrar, com energia, sem contemplação, as imensas dívidas ativas dos empresários que possuam patrimônio;

f) aumentar e tornar rigorosa a fiscalização e o controle das fraudes, responsabilizando criminalmente, sem delonga, seus autores, mediante adequada reforma processual, de maneira a permitir a pronta recuperação dos valores de que se apropriaram;

g) responsabilizar efetivamente e tornar severa a penalidade para governantes que utilizarem recursos previdenciários em fins estranhos à finalidade do sistema;

h) tornar opcional, com vencimentos integrais, a aposentadoria do servidor público, inclusive magistrados, aos 70 anos de idade e compulsória aos 75;

i) abolir o privilégio da aposentadoria precoce (reforma) dos militares;

j) uniformizar, dando tratamento igual e idênticos requisitos, à aposentadoria de mulheres e homens.

Pode-se prever que, com o acréscimo de arrecadação de contribuições decorrente da adoção dessas medidas, será possível restabelecer o poder aquisitivo das aposentadorias e pensões, de maneira a voltarem a corresponder ao número de salários mínimos da época de sua concessão.

Há quem sustente, que, se se considerar as receitas que devem ser alocadas à Previdência provenientes da Confins, CPMF, CSLL e dos concursos de prognósticos, como previsto na CF/88, o sistema é até superavitário.

Não fora a sucessão de vícios, distorções, desvios de recursos, fraudes, e concessões de benefícios sem fontes de custeio, bem como a ampliação dos encargos do sistema para nele incluir atribuições próprias da seguridade social, aí sim, teriam razão os que perfilham tal entendimento. Mas com o quadro retro exposto, seria um milagre o equilíbrio das finanças da Previdência.

Como todos os males apontados são passados e consumados, o de que se trata agora é planejar e assegurar o reequilíbrio, a solidez, a sobrevivência, o futuro da Previdência. E isso não se alcançará sem uma funda, cabal, corajosa, radical mudança. Mas como toda mudança encontra oposição e resistência daqueles que têm interesses contrariados, é preciso sensibilizar os poderes públicos, mobilizar e conscientizar a sociedade, o que exige determinação e tempo indispensáveis à sua implementação.

Aposentadoria voluntária do servidor público: efeitos do rompimento do vínculo e a sanção de cassação de aposentadoria

Emerson Garcia*

Sumário

1. Contextualização do problema. 2. Os efeitos da inatividade em relação ao vínculo funcional. 3. A sanção de cassação de aposentadoria. Epílogo.

1. Contextualização do problema

É relativamente comum que as leis que disciplinam o regime jurídico dos servidores públicos nos distintos níveis federativos ou mesmo que versem sobre carreiras específicas, a exemplo da Defensoria Pública, do Ministério Público e da Magistratura, disponham sobre os seus direitos e deveres, tipifiquem infrações disciplinares e ainda tratem, ao menos em suas linhas gerais, do processo administrativo disciplinar.

As infrações disciplinares são integradas pelos preceitos primário e secundário: enquanto aquele descreve a conduta ilícita, trazendo consigo uma norma proibitiva implícita, este último detalha as respectivas sanções. De um modo geral, a sanção mais grave é a demissão, que acarreta a dissolução do vínculo funcional.

Sensível à constatação de que o vínculo funcional também pode ser abreviado com a fruição de um direito social em particular, a aposentadoria, quer voluntária, quer compulsória, as leis que versam sobre regimes jurídicos costumam prever outra sanção, cujo fim precípuo é o de evitar a impunidade caso o servidor público pratique uma infração administrativa e não seja punido em momento anterior à passagem para a inatividade. Trata-se da cassação da aposentadoria¹.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, que promoveu amplas e viscerais alterações no sistema de previdência

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

¹ À guisa de ilustração, vide Lei nº 8.112/1990 (Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), art. 127, IV; Lei Complementar nº 75/1993 (Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União), art. 239, V; e Lei Complementar nº 80/1994 (Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências), arts. 50, §1º, V; 95, §1º, V; e 134, §2º.

social, foi incluído o §14 no art. 37 da Constituição de 1988, com o seguinte teor: “a aposentadoria concedida com a utilização de tempo de contribuição decorrente de cargo, emprego ou função pública, inclusive do Regime Geral de Previdência Social, acarretará o rompimento do vínculo que gerou o referido tempo de contribuição”.

Nas definições oferecidas por Di Pietro,² *cargo* é a unidade de atribuições, criada por lei, com denominação e remuneração próprias, ocupada por servidor estatutário; *emprego* é a unidade de atribuições, criada por lei, com denominação e remuneração próprias, ocupada por servidor celetista; *função* é o conjunto de atribuições exercidas por servidores contratados temporariamente, com base no art. 37, IX, da CRFB/1988, ou por servidores em função de chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o legislador não tenha criado o respectivo cargo (normalmente, funções de confiança ou cargos em comissão previstos no art. 37, V, da CRFB/1988).

Fica evidente, portanto, o alcance do §14 do art. 37 da Constituição de 1988: utilizado, para fins de aposentadoria, o tempo de contribuição decorrente do vínculo mantido com a Administração Pública, direta ou indireta, tem-se o correlato rompimento do vínculo que gerou esse tempo de contribuição. Apesar da simplicidade dessa constatação, algumas vezes se levantaram para sustentar que o preceito teria alcance mais amplo, acarretando a ausência de recepção, com a correlata revogação tácita, das normas estatutárias que cominavam a pena de cassação de aposentadoria. Assim entendem com base na premissa de que, até a reforma constitucional, a passagem para a inatividade não dissolveria o vínculo funcional, sendo justamente esse vínculo que possibilitava a aplicação da referida sanção. Uma vez dissolvido o vínculo, por imposição constitucional, não mais é possível a aplicação de uma sanção que o pressupõe.

O objetivo de nossas breves reflexões é justamente o de demonstrar o equívoco do entendimento que apregoa a supressão, da nossa ordem jurídica, da sanção de cassação de aposentadoria.

2. Os efeitos da inatividade em relação ao vínculo funcional

Até o advento da Emenda Constitucional nº 103/2019, a aposentadoria gerava distintos efeitos conforme a natureza do vínculo funcional mantido com a Administração Pública, vale dizer, se cargo ou emprego público.

Tratando-se de cargo público, a passagem para a inatividade produzia, como principal consequência, a dissolução do vínculo funcional. O inativo deixa de integrar a carreira, não mais é alcançado pelos direitos, deveres e prerrogativas concernentes ao regime jurídico e o valor que lhe é devido, transmutado de remuneração ou subsídio em provento, passa a ser da alçada de uma unidade previdenciária.

Carreira, de acordo com a doutrina especializada, indica o conjunto de classes, as quais congregam vários cargos, sendo organizada de modo a permitir a progressão

² *Direito Administrativo*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 684-686.

Aposentadoria voluntária do servidor público: efeitos do rompimento do vínculo e a sanção de cassação de aposentadoria

funcional consoante os critérios previstos em lei, normalmente o mérito e a antiguidade. Os cargos que integram as classes são considerados cargos de carreira. Cargos isolados, por sua vez, são aqueles que fazem parte do quadro, mas não possibilitam a progressão funcional. Com a inatividade, o agente público deixa de integrar a carreira, já que não mais ocupa o cargo para o qual fora nomeado. Dessa maneira, será possível que outro agente venha a ingressar na carreira ou mesmo ocupar o antigo órgão do inativo. Não é por outra razão que os regimes jurídicos em geral tratam do ingresso nos cargos iniciais da carreira, dos critérios de promoção e remoção e do retorno daqueles que estavam na inatividade, indicando claramente que os agentes que se encontram nesta situação não integram a carreira. Idêntico entendimento será aplicado em relação aos agentes que se encontrem em disponibilidade, os quais, não obstante fora da carreira em razão da inatividade, podem a ela volver em caso de aproveitamento.

Com a passagem para a inatividade, tem-se a dissolução do vínculo funcional do agente público, que deixa de integrar a respectiva carreira. Por tal razão, o agente não mais é alcançado pelos direitos e deveres afetos aos servidores públicos em geral e não mais fruirá as prerrogativas concernentes ao cargo outrora ocupado. À guisa de ilustração, ao passarem para a inatividade, os agentes que possuíam o foro por prerrogativa de função não mais o terão³, o mesmo ocorrendo em relação àqueles que tinham porte de arma, constatação que é reforçada pela existência de diversas normas dispendo sobre o porte de arma dos inativos⁴, claro indicativo de que as prerrogativas da ativa não se estendem automaticamente para a inatividade. Tal ocorre justamente em razão da cessação do vínculo.

O inativo, por não mais integrar o quadro de agentes que atuam em prol da Administração Pública, não está sujeito aos efeitos do princípio hierárquico. Sob o prisma do superior hierárquico, deixa de se projetar, sobre o inativo, os poderes de direção, controle e de mutação de competência, neste último caso com a possibilidade de resolução de conflitos de competência, delegação e substituição primária.⁵ Em relação ao inativo, desaparece o dever de obediência. Deixa de existir o dever de cumprir ordens ou a possibilidade de ter os seus atos anulados ou revogados, respectivamente, por razões de ilegalidade ou conveniência. O aspecto mais sintomático da dissolução do vínculo funcional é o de que a passagem para a inatividade faz que os indivíduos simplesmente deixem de ser agentes públicos, não podendo mais, na síntese de

³ Vide: STF, Pleno, Tema nº 453, RE nº 549.560/CE, com repercussão geral reconhecida, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 22/03/2012, DJ de 30/05/2014; 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 11/09/2007, DJ de 23/11/2007; e 2ª T., RE nº 295.217/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 08/04/2002, DJ de 26/04/2002. A respeito dos magistrados, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a vitaliciedade é garantia inerente aos ativos, não amparando o foro por prerrogativa de função após a aposentadoria (STF, Pleno, RE. nº 546.609/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 22/03/2012, DJ de 29/05/2014).

⁴ V.g.: Lei Complementar nº 75/1993, art. 234 (membros do Ministério Público da União); Lei nº 7.289/1984 (Policiais Militares do Distrito Federal, art. 50); Lei nº 6.880/1980, art. 50 (Oficial das Forças Armadas); e Decreto nº 9.847/2019, art. 30, que regulamenta o Estatuto do Desarmamento e dispõe sobre os requisitos para o porte de arma dos inativos que, enquanto em atividade, têm essa prerrogativa assegurada.

⁵ Cf. OTERO, Paulo. *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 109-153.

Maurer⁶, "praticar atos administrativos (*Verwaltungsakte*) ou celebrar contratos administrativos (*Verwaltungsverträge*)".

A passagem para a inatividade faz surgir o direito à percepção dos respectivos proventos, que não são integrados à folha de pagamento regular. Os proventos exigem a formalização de um novo ato jurídico, distinto da nomeação para o cargo público e correlata posse, consistente no ato de aposentação, que deve ser objeto de registro no âmbito do Tribunal de Contas competente (CRFB/1988, art. 71, III), momento em que se aperfeiçoa juridicamente e sua eficácia torna-se definitiva. Cada ente federado que possua regime próprio de previdência social contará com uma única unidade gestora, que será responsável pela realização de todos os pagamentos. O disposto no art. 40, §20, da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003, não deixa margem a dúvidas a esse respeito ao dispor que fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvada a situação dos militares das Forças Armadas.

Enquanto estiver na ativa, o agente público manterá uma relação jurídica de ordem funcional com o ente público ao qual está vinculado. Com a passagem para a inatividade, essa relação jurídica é dissolvida, daí decorrendo uma nova relação, desta feita com o ente gestor do regime de previdência social. De acordo com o §14 do art. 37 da Constituição de 1988, inserido pela Emenda Constitucional nº 103/2019, essas duas relações jurídicas não podem subsistir em hipótese alguma. A possibilidade de coexistência sempre foi rechaçada em relação aos ocupantes de cargos públicos sujeitos a Regime Próprio de Previdência Social, o que decorria da forma de acesso e da visão de que a aposentadoria era o corolário de um vínculo funcional em particular, que influía diretamente na fixação e no reajuste dos respectivos proventos. O mesmo já não se verificava em relação aos empregos públicos, nos quais a relação jurídica do agente com o seu empregador era regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), estando vinculado, como contribuinte obrigatório, ao Regime Geral de Previdência Social, sendo os proventos fixados com base no binômio tempo e valor de contribuição, com influência, em alguns casos, dos aspectos circunstanciais da atividade desenvolvida, a exemplo da insalubridade.

A CLT fazia menção a essa temática em seu art. 453, com a redação dada pela Lei nº 6.204/1975, segundo o qual, "no tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente." A aposentadoria voluntária, portanto, acarretava a extinção do contrato de trabalho. Em momento posterior, a Lei nº 9.528/1997 inseriu dois parágrafos nesse preceito: de acordo com o primeiro, "na aposentadoria espontânea de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista é permitida sua readmissão desde que atendidos aos requisitos constantes do art. 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação

⁶ *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 17ª ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009, p. 532.

de concurso público”; o parágrafo segundo, por sua vez, dispunha que “o ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício”.

Instado a se pronunciar sobre a compatibilidade do §1º do art. 453 da CLT com a ordem constitucional, o Supremo Tribunal Federal inclinou-se pela negativa, “quer porque permite, como regra, a acumulação de proventos e vencimentos – vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal –, quer porque se funda na ideia de que a aposentadoria espontânea rompe o vínculo empregatício”.⁷ Ao ver do Tribunal, por serem duas relações jurídicas distintas, mantidas, respectivamente, com o empregador e o Regime Geral de Previdência Social, o surgimento desta não importava na extinção daquela.

Vale ressaltar que o §2º do art. 18 da Lei nº 8.213/1990, em sua redação original, dispunha que “o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ela retornar, somente tem direito à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios, não fazendo jus a outras prestações, salvo as decorrentes de sua condição de aposentado, observado o disposto no art. 122 desta lei”. Como se percebe, era expressamente prevista a possibilidade de o aposentado continuar em atividade, constatação que permanece a mesma com a redação atual, atribuída pela Lei nº 9.528/1997, segundo a qual “o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus à prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”. Com o advento da Emenda Constitucional nº 103/2019, esse preceito não mais será aplicado aos empregados públicos.

3. A sanção de cassação de aposentadoria

É preciso distinguir os efeitos das medidas de demissão e cassação da aposentadoria. A primeira apresenta contornos imediatamente funcionais e mediamente patrimoniais, já que dissolve a relação jurídica mantida com o Poder Público e, em consequência, priva o agente público da percepção da contraprestação pecuniária devida pela atividade desempenhada. A segunda, por sua vez, é essencialmente patrimonial, impedindo que o indivíduo continue a receber um benefício financeiro decorrente de atividades, públicas ou privadas, que desempenhou durante a sua vida laborativa. Este último aspecto torna-se particularmente perceptível ao observarmos que o regime previdenciário, na atualidade, possui natureza contributiva, de modo que o indivíduo, durante toda a sua vida funcional, forma um vínculo de natureza previdenciária, com o ente definido em lei, habilitando-o a gozar de certos benefícios tão logo preencha os requisitos exigidos.

⁷ Pleno, ADI nº 1.770/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 11/10/2006, DJ de 01/12/2006.

A exemplo da demissão, a aposentadoria também acarreta a cessação do vínculo funcional, de modo que o indivíduo continue a receber uma contraprestação pecuniária sem realizar qualquer atividade de cunho laborativo. Há, portanto, uma ruptura do vínculo funcional originário. A situação jurídica do agente, doravante, será regida por outro vínculo, este de natureza previdenciária, mantido com o mesmo ente federado (v.g.: servidor federal aposentado recebe benefício previdenciário dos cofres da União) ou com ente federado diverso (v.g.: servidor municipal pode vir a receber o seu benefício previdenciário do Instituto Nacional de Seguridade Social, autarquia federal). É evidente, portanto, que a remuneração regular está associada ao exercício da função pública e o benefício previdenciário ao cumprimento dos requisitos estabelecidos em lei, com especial ênfase ao imperativo recolhimento da contribuição previdenciária. Esse recolhimento, vale observar, também pode estar associado ao exercício de uma atividade privada ou de atividade pública pretérita e diversa, cujo lapso de exercício pode ser computado para fins de gozo do benefício previdenciário a ser atribuído, ao agente público, ao passar para a inatividade.

Nesse momento, já é possível constatar, com relativa clareza, que a situação jurídica do agente inativo não é mera continuação da situação por ele ostentada quando em atividade. É factível que demissão e cassação da aposentadoria são sanções ontologicamente diversas e que produzem efeitos distintos na esfera jurídica do indivíduo. Não podem, portanto, ser vistas como verso e reverso da mesma moeda. Na medida em que consubstanciam sanções distintas, somente poderão ser aplicadas quando previstas em lei (v.g.: a Lei nº 8.112/1990, que veicula o Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União, comina, nos incisos III e IV do art. 127, as sanções de “demissão” e “cassação de aposentadoria ou disponibilidade”⁸). A ausência de cominação da sanção de cassação de aposentadoria não permitiria fosse considerada implícita na sanção de demissão.

A cassação da aposentadoria não é o símile da demissão. O símile da demissão, em verdade, é a aposentadoria, já que ambas produzem o efeito de dissolver o vínculo funcional. René Chapus⁹, ao tratar do “fim da carreira dos funcionários públicos”, distinguiu o “modo normal”, que decorre do atingimento da idade máxima, dos “outros modos”, que podem ser de iniciativa da Administração, nas hipóteses legais, a exemplo da demissão, ou do funcionário, neste último caso com o requerimento de aposentadoria ou de dispensa.

A sanção de cassação de aposentadoria tanto pode resultar da incidência do direito administrativo sancionador, sendo aplicada, portanto, por uma autoridade administrativa, como decorrer de um processo judicial, como emanção do direito sancionador judicial cível *lato sensu*, a exemplo do que se verifica em relação ao

⁸ O STF já decidiu da seguinte forma: “Mandado de Segurança. Servidor público. Penalidade de cassação da aposentadoria por improbidade administrativa e por aplicação irregular de dinheiros públicos... Improcedência da alegação de que a pena de cassação da aposentadoria é inconstitucional por violar o ato jurídico perfeito”. (Pleno, MS nº 22.728-1, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 22/4/1998, DJU de 13/11/1998). O STJ, analisando a situação de Delegatário de Serventia do Registro Público, assentou que “ainda que estivesse aposentado voluntariamente, a perda do benefício poderia ter sido imposta em processo disciplinar, sem que isso consistisse em afronta a direito adquirido. Precedentes do STJ e STF” (5ª T., RMS nº 17.115/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 1º/6/2004, DJU de 28/6/2004).

⁹ *Droit administratif general*, Tome 2. 15ª ed. Paris: Montchrestien, p. 228-231.

Aposentadoria voluntária do servidor público: efeitos do rompimento do vínculo e a sanção de cassação de aposentadoria

membro do Ministério Público. Em ambos os casos, a causa de pedir está associada a um ilícito praticado durante o exercício funcional, mas em nenhuma delas o poder sancionador é legitimado pelo vínculo funcional. Essa constatação, certamente óbvia quando a sanção é aplicada por um órgão jurisdicional, também se situa no mesmo patamar da obriedade quando aplicada por autoridade administrativa. Assim ocorre porque a aplicação do direito administrativo sancionador não está condicionada à existência de vínculos dessa natureza, o que é facilmente perceptível no nosso cotidiano, em que a Administração Pública aplica sanções pela infração às mais variadas normas, a exemplo daquelas afetas ao trânsito e às posturas municipais.

Não custa lembrar que a sistematização, enquanto disciplina autônoma, do “direito administrativo sancionador” ou do “direito sancionador administrativo”, foi proficuamente oferecida pelos juristas espanhóis. Tal certamente foi influenciado pelo teor do art. 25, 3, da Constituição espanhola de 1978, *verbis*: “[l]a Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. Na medida em que a própria ordem constitucional reconheceu, expressamente, a possibilidade de a Administração impor sanções, era imprescindível identificar as bases em que tal se daria. Alejandro Nieto¹⁰, célebre monografista do tema e cujo aprofundamento dogmático em muito dificulta a tarefa daqueles que tentam se aventurar nessa seara, há muito esclareceu a funcionalidade do “*derecho administrativo sancionador*”: ele decorre do “poder sancionador da Administração”, tão antigo que, durante vários séculos, foi considerado um elemento essencial do poder de polícia. Referido poder, à evidência, coexiste com o poder sancionador dos tribunais, normalmente adstrito, em diversos países, à seara penal. Esse aspecto também foi realçado por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández¹¹, ao afirmarem, referindo-se à “*potestad sancionatoria administrativa*”, que “[s]e distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración; éstas, los Tribunales penales”. O direito administrativo sancionador, portanto, não pressupõe, sempre e sempre, a existência de vínculo funcional.

Epílogo

Ao introduzir um §14 no art. 37 da Constituição de 1988, a Emenda Constitucional nº 103/2019 não produziu feito outro senão o de obstar a continuidade do vínculo funcional do ocupante de cargo, emprego ou função pública que tenha se aposentado com a utilização do tempo de contribuição correspondente a esse vínculo. Com isso, foi superado o entendimento anterior, encampado inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a aposentadoria, embora extinguisse o vínculo funcional dos ocupantes de cargo público, não tinha o condão de extinguir a relação de trabalho, o que permitia a manutenção do emprego público. Em consequência, não há qualquer óbice à aplicação da sanção de cassação de aposentadoria caso estejam presentes os seus pressupostos justificadores.

¹⁰ *Derecho administrativo sancionador*. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 22.

¹¹ *Curso de derecho administrativo*, vol. II. 9ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 2004, p. 163.



DIREITO
ROMANO

A cassação da aposentadoria do servidor público

Luís Alberto Thompson Flores Lenz*

Sumário

1. Introdução. 2. Natureza da previdência do servidor público. 3. Pena administrativa de cassação do provento. 4. Manifestação da Doutrina. 5. Posicionamento dos Tribunais. 6. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

O presente estudo aborda a subsistência da pena de cassação da aposentadoria em nosso ordenamento jurídico, com a consequente suspensão do pagamento da pensão, frente às recentes inovações constitucionais que impuseram a contribuição direta dos servidores para o custeio dessa vantagem. Isso porque agora, para alguns juristas, o benefício em questão teria natureza contratual, fato que não vem sendo reconhecido nem pelo Supremo Tribunal Federal nem por inúmeros doutrinadores.

Abstract

The present study addresses the subsistence of the retirement penalty in our legal system, with the consequent suspension of the payment of the pension, in view of the recent constitutional innovations that imposed the direct contribution of the civil servants to defray this advantage. This is because now, for some jurists, the benefit in question would have a contractual nature, a fact that has not been recognized either by the Federal Supreme Court or by numerous indoctrinators.

Palavras-chaves: Aposentadoria. Cassação. Proventos.

1. Introdução

Questão singular, que vem se apresentado no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente após o advento das Emendas à Constituição Federal nº 3/93, 20/98, 41/2003 e 103/2019 que estabeleceram a compulsoriedade da contribuição previdenciária dos funcionários públicos para custear os seus proventos de aposentadoria, é aquela referente a saber se subsiste a vigência de preceitos análogos ao art. 134 da Lei Federal nº 8112/90, que concebem a demissão de servidores

* Especialista em Direito Político. Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Professor de Processo Civil da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS (UNISINOS).

já inativados, por ilícitos praticados quando no exercício da função estatal, com a consequente cassação dos estímulos.

Isso porque agora os subsídios de aposentadoria não corresponderiam mais a uma mera concessão graciosa do Estado, em decorrência do anterior exercício da função pública, mas seriam custeados, pelo menos em parte, pela contribuição direta dos servidores, mediante o desconto em seus vencimentos.

É o que passaremos a fazer.

2. Natureza da previdência do servidor público

Como assinala com o costumeiro acerto um dos maiores professores de direito público francês de todos os tempos, o insuperável LEON DUGUIT¹ a esfera jurídica dos servidores públicos, bem como os seus direitos, integram o Regime Estatutário, o qual “*constitue essentiellement une situation de droit objectif résultant directement de l'application du droit objectif formulée par les lois et règlements du service public considéré*”.

Com relação ao direito à aposentadoria e aos proventos dela decorrentes, sustenta GASTON JÉZE² que “*la pension n'a aucun caractère contractuel. Le régime juridique, dans tous ses détails, est fixé par la loi et par des règlements d'administration publique*”.

Em sendo assim, ela é integralmente disciplinada pelo direito objetivo, não podendo a administração ou funcionário alterar essa situação a seu favor.

Quanto ao seu fundamento, antigamente tal benefício, e como asseverou com a costumeira correção MODESTINO PETROZZIELLO, era considerado um ato gracioso do Estado, um verdadeiro privilégio ou favor, concedido ao agente público que tivesse servido fielmente a coletividade.

Isso é o que atesta o administrativista italiano acima invocado, que após afastar a identificação do instituto em questão com o vencimento ou com um seguro atribuído ao servidor, consignou:

*Si potrebbe qui osservare che questa tutela concessa alla pensione acquisti un carattere anche più spiccato di privilegio che non per lo stipendio. (...) Bisogna, quindi, concludere che lo Stato, per atto di favore verso coloro che lo hanno fedelmente servito, continui a tutelarne i mezzi di esistenza, pur dopo la cessazione del rapporto.*³

Posteriormente, como lembra ALAIN PLANTEY, houve sensível evolução no entendimento dessa questão, passando a se reconhecer que a percepção dos

¹ - *Traité de Droit Constitutionnel*, Ancienne Librairie Fontemoing & C^e Editeurs, 1930, volume 3, p. 159.

² - *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, Editora Dalloz, 2004, tomo 2, p. 815, e, também, *Principios Generales Del Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, II, p. 437.

³ - *Il Rapporto di Pubblico Impiego*, Società Editrice Libreria, Milão, 1935, p. CCCLXXV/CCCLXXVI.

proventos constituiria um direito do preposto do Estado, sendo imposto ao mesmo, inclusive, a obrigação de contribuir para o seu custeio.

Semelhante quantitativo (a contribuição compulsória) seria destinado ao tesouro, não sob a forma de capitalização, mas sim para auxiliar o financiamento de tais pagamentos aos atuais e futuros aposentados, na forma de repartição.

Foi o que tal mestre consignou, *verbis*:

846 – La pension n'est cependant pas une rente viagère. Si une retenue mensuelle de 6% est effectuée sur le traitement des agents en activité, elle ne correspond pas à une capitalisation individuelle ou collective. Les sommes, loin de constituer le capital des pensions à venir, sont reversées au Trésor public qui supporte la charge des pensions actuelles: c'est le système de la répartition⁴.

No Brasil, após o advento das Emendas Constitucionais nº 3/93, 20/98, 41/03 e 103/2019, restou profundamente alterado o regime próprio de previdência dos servidores públicos, que se tornou, fundamentalmente, *contributivo, solidário* e, posteriormente, *limitado*, eis que foi acolhido o teto do Regime Geral.

Até o advento da EC nº 3/93, o sistema era totalmente custeado pelo Poder Público, através da receita dos impostos, sendo que após a crise da previdência, num primeiro momento, ele passou a ter caráter contributivo, quando o servidor arcava, pelo menos em parte, com o custo da concessão de seus futuros proventos e, numa segunda etapa, após a EC nº 41/93, se tornou solidário, momento em que contribuição passou a ser exigida mesmo após a inativação, agora para auxiliar o financiamento do benefício a terceiros. Por fim, ele restou limitado no que diz com o montante dos estípedios, em razão da adoção do teto do Regime Geral para os novos servidores.

Resta saber, se frente a essa nova realidade, subsistem comandos normativos semelhantes ao art. 134 da Lei Federal nº 8112/90.

3. Pena administrativa de cassação do provento

Como é do conhecimento geral, e foi magistralmente reconhecido pelos administrativistas peninsulares ENRICO RASPONI⁵, CINO VITA⁶ e GUIDO ZANOBINI⁷, toda norma disciplinar tem um caráter preceptivo e outro punitivo.

Tanto isso é verdade, que aquele saudoso jurista assinala que:

⁴ - *Traité Pratique de la Fonction Publique, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956, p. 300.*

⁵ - *Il Potere Disciplinare, Editora CEDAM, 1942, p. 93/4.*

⁶ - *Il Potere Disciplinari Sugli Impiegati Pubblici, Società Editrice Libreria, Milão, 1913, p. 3.*

⁷ - *Le Sanzioni Amministrative, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1924, p. 1/2.*

[s]i distingue nel potere disciplinare, como si è visto, un contenuto precettizio ed uno punitivo. Il primo, logicamente precedente l'altro, per quanto di esso meno appariscente, consiste nel dettare le regola di condotta vigenti in quel determinato ordinamento giuridico. (...) La seconda parte del contenuto di questo potere, cioè quella punitiva, consiste nell'applicare ai trasgressori di quella disciplina le sanzioni proprie del suo sistema, che como si è accennato, riservandoci di dimostrarlo a suo luogo, hanno sempre carattere obbiettivo di pena.⁸

No processo administrativo disciplinar referente aos funcionários públicos, e como bem sustenta MARCELO CAETANO⁹, o escopo dessa imputação é "conservar, melhorar e aperfeiçoar o serviço, fazê-lo corresponder ao seu fim especial".

É dentro dessa realidade que deve ser interpretado o art. 134 da Lei nº 8.112/1990 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União) e, também, o comando normativo que o precedeu, o art. 212 do antigo Estatuto dos Funcionários Públicos da União (Lei Federal nº 1.711/52).

Tais preceitos contam com a seguinte redação:

Art. 212. Será cassada a aposentadoria ou disponibilidade se ficar provado que o inativo: I – praticou falta grave no exercício do cargo ou função; II – aceitou ilegalmente cargo ou função pública; III – aceitou representação de Estado estrangeiro sem previa autorização do Presidente da República; IV – praticou usura em qualquer de suas formas.

Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

O intuito desses ditames, e como é mais do que evidente, é compelir o agente público a agir de forma correta quando do desempenho de suas funções, sob pena de, em caso contrário, mesmo após inativado, perder o benefício dos proventos.

Resta verificar, a esta altura, se tais dispositivos subsistem frente às inovações constitucionais acima referidas (EC nº 3/93, 20/98, 41/03 e 103/2019), notadamente agora quando foi instituída uma contraprestação do servidor para a percepção dos estímulos da aposentadoria.

⁸ - *Opus citatum*, p. 93/4.

⁹ - *Do Poder Disciplinar*, Coimbra, 1932, p. 43.

4. Manifestação da Doutrina

Em princípio, há divergência entre os juristas pátrios e estrangeiros a respeito da manutenção de regras que facultam a cassação do direito à percepção dos proventos, nas situações acima referidas.

Não censuram esses comandos, entre outros, ALLAIN PLANTEY¹⁰, MODESTINO PETROZZIELLO¹¹, GASTON JÈZE¹², GUIDO ZANOBINI¹³ e THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI¹⁴.

Posicionando-se em sentido contrário a essa medida, que teria a natureza de confisco, VITTORIO EMANUELLE ORLANDO¹⁵, PIETO VIRGA¹⁶, OTTO MAYER¹⁷, MARCELO CAETANO¹⁸, GUIMARÃES MENEGALE¹⁹ e IVAN BARBOSA RIGOLIN²⁰.

Quem também se manifestou sobre essa matéria foi a insigne Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO²¹, em trabalho publicado no site *Consultor Jurídico* de 16/04/2015, intitulado “*Cassação de Aposentadoria é Incompatível com Regime Previdenciário dos Servidores*” momento em que examinou as inovações constitucionais nessa área.

Pela elevada expressão desse estudo, impõe-se transcrever significativa passagem, *verbis*:

Antes da instituição do Regime Próprio do Servidor, a aposentadoria era um direito decorrente do exercício do cargo, financiado inteiramente pelos cofres públicos, sem contribuição do servidor, da mesma forma que outros direitos previstos na legislação constitucional e estatutária, como a estabilidade, a remuneração, as vantagens pecuniárias, as férias remuneradas. Note-se que a pensão, ao contrário dos outros direitos ligados ao cargo, já tinha natureza previdenciária contributiva, desde longa data.

Ocorre que houve declarada intenção do governo de aproximar o regime de aposentadoria do servidor público e o do empregado do setor privado. Tanto assim que o artigo 40, § 12, da Constituição manda

¹⁰ - *Opus citatum*, p. 299.

¹¹ - *Opus citatum*, p. CCCLXXIII.

¹² - *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, Editora Dalloz, 2004, tomo 2, p. 835, e, também, *Principios Generales Del Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, 1949, v. II2, p. 456/457

¹³ - *Corso di Diritto Amministrativo*, Dott A. Giuffrè Editore, Milão, 1946, v. 3, p. 99.

¹⁴ - *Direito e Processo Disciplinar*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, p. 172.

¹⁵ - *Principii di Diritto Amministrativo*, G. Barbèra Editore, Firenze, 1925, p. 135.

¹⁶ - *Il Pubblico Impiego*, Editora Giuffrè, Milão, p. 720.

¹⁷ - *Le Droit Administratif Allemand*, V. Giard & E. Brière, 1906, tomo 4º, p. 96, e, também, *Derecho Administrativo Alemán*, Editorial ARAYU, Buenos Aires, 1954, volume 4, p. 92.

¹⁸ - *Manual de Direito Administrativo*, Editora Almedina, Coimbra, 1986, v. 2, p. 779.

¹⁹ - *O Estatuto dos Funcionários*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1ª Edição, 1962, v. 2, p. 621/2.

²⁰ - *Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis*, Editora Saraiva, 4ª edição, 1995, p.233/4.

²¹ - Trabalho publicado no site Consultor Jurídico de 16/04/2015, intitulado “*Cassação de Aposentadoria é Incompatível com Regime Previdenciário dos Servidores*”.

aplicar ao Regime Próprio, no que couber, os “requisitos e critérios fixados para o regime geral da previdência social”.

Sendo de caráter contributivo, é como se o servidor estivesse “comprando” o seu direito à aposentadoria; ele paga por ela. Daí a aproximação com o contrato de seguro. Se o servidor paga a contribuição que o garante diante da ocorrência de riscos futuros, o correspondente direito ao benefício previdenciário não pode ser frustrado pela demissão. Se o governo quis equiparar o regime previdenciário do servidor público e do trabalhador privado, essa aproximação vem com todas as consequências: o direito à aposentadoria, como benefício previdenciário de natureza contributiva, desvincula-se do direito ao exercício do cargo, desde que o servidor tenha completado os requisitos constitucionais para obtenção do benefício.

Qualquer outra interpretação leva ao enriquecimento ilícito do erário e fere a moralidade administrativa. Não tem sentido instituir-se contribuição com caráter obrigatório e depois frustrar o direito à obtenção do benefício correspondente. Assim, se a demissão não pode ter o condão de impedir o servidor de usufruir o benefício previdenciário para o qual contribuiu nos termos da lei (da mesma forma que ocorre com os vinculados ao Regime Geral), por força de consequência, também não pode subsistir a pena de cassação de aposentadoria, que substitui, para o servidor inativo, a pena de demissão.

(...)

O fato de ser a solidariedade uma das características do seguro social não significa que os beneficiários não tenham direito de receber o benefício. Eu diria que a solidariedade até reforça o direito, porque ela foi idealizada exatamente para garantir o direito dos segurados ao benefício. De outro modo, não haveria recursos suficientes para manter os benefícios da previdência social. A solidariedade significa que pessoas que não vão usufruir do benefício contribuem para a formação dos recursos necessários à manutenção do sistema de previdência social; é o caso dos inativos e pensionistas e também dos servidores que não possuem dependentes, mas têm que contribuir necessariamente para a manutenção do benefício; são as hipóteses em que à contribuição não corresponde qualquer benefício. Mas para os servidores assegurados, a contribuição tem necessariamente que corresponder um benefício, desde que preenchidos os requisitos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional. A regra da solidariedade convive (e não exclui) o direito individual ao benefício para o qual o servidor contribuiu.

A solidariedade não afasta o direito individual dos beneficiários, já que o artigo 40 da Constituição define critérios para cálculo dos benefícios, a saber, dos proventos de aposentadoria e da pensão, nos parágrafos 1º, 2º e 3º. Não há dúvida de que a contribuição do servidor, quando somada aos demais requisitos constitucionais, dá direito ao recebimento dos benefícios.

(...)

A relação entre benefício e contribuição decorre de vários dispositivos da Constituição, mas consta expressamente do artigo 40, parágrafo 3º. O que ocorre é que a legislação estatutária não se adaptou inteiramente ao novo regime de aposentadoria e continua a prever a pena de cassação de aposentadoria, sem levar em consideração que ela se tornou incompatível com o regime previdenciário. Além disso, há uma resistência grande dos entes públicos em abrir mão desse tipo de penalidade, seja por não terem tomado consciência das consequências de alteração do regime do servidor, seja por revelarem inconformismo com a incompatibilidade da referida penalidade com o regime previdenciário contributivo agora imposto a todos os servidores.

Resta verificar, a esta altura, o posicionamento dos Tribunais Brasileiros.

5. Posicionamento dos Tribunais

A questão jurídica aqui abordada tem sido constantemente apreciada pelos colegiados do nosso País.

Antes do advento das EC nº 3/93, 20/98, 41/03 e 103/19, o *Supremo Tribunal Federal* enfrentou tal controvérsia, através do Tribunal Pleno, quando do julgamento do *Mandado de Segurança nº 21.948-RJ*, da relatoria do emérito *Ministro JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA*, momento em que afastou qualquer alegação de inconstitucionalidade em decorrência da ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, em aresto cuja ementa restou assim configurada:

Mandado de Segurança. Demissão. Procurador autárquico. 2. Alegação de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 127, da Lei n. 8.112/1990, ao estabelecerem entre as penalidades disciplinares a demissão e a cassação de aposentadoria ou disponibilidade. Sua improcedência. A ruptura do vínculo funcional é prevista no art. 41, § 1º, da Constituição. Houve, no caso, processo administrativo, onde assegurada ao impetrante ampla defesa. A demissão decretou-se por valer-se o impetrante do cargo, em detrimento da dignidade da função pública e desídia. Lei n. 8.112/1990, art. 117, incisos IX e XI. 3. Não

cabem, em mandado de segurança, penetrar na intimidade das provas e fatos de que resultou o processo disciplinar. 4. Não pode prosperar, aqui, contra a demissão, a alegação de possuir o servidor mais de trinta e sete anos de serviço público. A demissão, no caso, decorre da apuração de ilícito disciplinar perpetrado pelo funcionário público, no exercício de suas funções. Não é, em consequência, invocável o fato de já possuir tempo de serviço público suficiente à aposentadoria. A lei prevê, inclusive, a pena de cassação da aposentadoria, aplicável ao servidor já inativo, se resultar apurado que praticou ilícito disciplinar grave, em atividade. 5. Autonomia das instâncias disciplinar e penal. 6. Mandado de segurança indeferido.²²

Nesse mesmo sentido, e como não poderia deixar de ser, é o teor do *Mandado de Segurança nº 22.728-PR*, da relatoria do insigne Ministro MOREIRA ALVES, verbis:

Mandado de segurança. Servidor público. Penalidade de cassação da aposentadoria por improbidade administrativa e por aplicação irregular de dinheiros públicos. – Inexistência de nulidade do processo dirigido pela nova comissão processante, porquanto, além de não haver ofensa ao artigo 169 da Lei n. 8.112/90, não houve prejuízo para a impetrante. – Improcedência da alegação de ocorrência de prescrição. Interpretação da fluência do prazo de prescrição na hipótese de ser interrompido o seu curso (artigo 142, I e §§ 3º e 4º, da Lei n. 8.112/90). – Falta de demonstração da alegação vaga de cerceamento de defesa. – A alegação de que as imputações à impetrante são inconsistentes e não foram provadas demanda reexame de elementos probatórios, o que não pode ser feito no âmbito do mandado de segurança. – Inexistência do bis in idem pela circunstância de, pelos mesmos fatos, terem sido aplicadas a pena de multa pelo Tribunal de Contas da União e a pena de cassação da aposentadoria pela Administração. Independência das instâncias. Não aplicação ao caso da Súmula 19 desta Corte. – Improcedência da alegação de que a pena de cassação da aposentadoria é inconstitucional por violar o ato jurídico perfeito. – Improcedência da alegação de incompetência do Ministro de Estado da Educação e do Desporto. Mandado de segurança denegado.²³

Tal posicionamento foi mantido mesmo após o advento das EC nº 3/93, 20/98 e 41/03.

²² - RTJ 157/549 e seguintes.

²³ - RTJ 179/629 e seguintes.

É o que se apreende do teor do *Mandado de Segurança nº 23.299-SP*, da lavra do *Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE*, vazado nos seguintes termos:

*I – Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (Lei 8.112/90, art. 134): constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e im procedente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito. II – Presidente da República: competência para a demissão de servidor de autarquia federal ou a cassação de sua aposentadoria. III – Punição disciplinar: prescrição: a instauração do processo disciplinar interrompe o fluxo da prescrição, que volta a correr por inteiro se não decidido no prazo legal de 140 dias, a partir do termo final desse último. IV – Processo administrativo-disciplinar: congruência entre a indicação e o fundamento da punição aplicada, que se verifica a partir dos fatos imputados e não de sua capitulação legal.*²⁴

Não é diverso o conteúdo do *Recurso em Mandado de Segurança nº 24.533-DF*, julgado em março de 2005, tendo como relator o mesmo *Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE*, sendo que da sua ementa consta:

*Servidor público: cassação de aposentadoria: processo administrativo disciplinar: validade: inexistência das nulidades apontadas: ampla defesa assegurada, prescrição não consumada, inviabilidade, no mandado de segurança, de reabrir a discussão das razões de fato e das provas que levaram à pena imposta ao servidor.*²⁵

Semelhante entendimento foi reiterado por este mesmo colegiado, e com idênticos fundamentos, quando da apreciação do *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.557-7*, da relatoria do não menos ilustre *Ministro CARLOS VELLOSO*, dotado do seguinte extrato:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA: IMPROCEDÊNCIA. Lei 8.112/90. I – Processo administrativo disciplinar: o quadro orgânico da legalidade no que toca à apuração de faltas disciplinares dos servidores públicos, na forma da Lei 8.112/90. II – Servidor público submetido a processo

²⁴ - RTJ 182/161 e seguintes.

²⁵ - RTJ 194/209 e seguintes.

administrativo de forma regular, no qual foi-lhe assegurado o direito de defesa. Inocorrência de cerceamento de defesa. III – O Supremo Tribunal Federal assentou que não é inconstitucional a penalidade de cassação de aposentadoria: Lei 8.112/90, art. 127, IV: MS 21.948/RJ, Relator Ministro Néri da Silveira, Plenário, 29/09/94, “DJ” de 07/12/95. IV – Inocorrência de violação ao princípio da proporcionalidade na aplicação da penalidade. V - R.M.S. não provido.²⁶

Para encerrar, deve-se apontar o *Agravo Regimental no Mandado de Segurança 23.219-RS*, da relatoria do *Ministro EROS GRAU*, onde o *Supremo Tribunal Federal* expressamente afastou a alegação de que o caráter contributivo da pensão excluiria a possibilidade da cassação da aposentadoria, ao consignar:

Agravo regimental. Mandado de segurança. Administrativo. Infração disciplinar. Prescrição. Inocorrência. Art. 142, I e § 2º, da Lei n. 8.112/90. Instauração de processo administrativo após a inatividade. Possibilidade. Competência disciplinar. Presidente da República. Cassação de aposentadoria. Aplicabilidade. Infrações praticadas de forma culposa. Dilação probatória. Impossibilidade. 1. O direito, da Administração Pública Federal, de punir seus servidores prescreve em cinco anos quanto às infrações passíveis de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão, contados a partir da data em que o fato tornou-se conhecido (art. 142, I e § 2º, da Lei n. 8.112/90). 2. O fato de o servidor público ter atendido aos requisitos para a concessão de aposentadoria não impede a instauração de processo administrativo para apurar a existência de falta eventualmente praticada no exercício do cargo. Precedentes (MS n. 21.948, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 7-12-95) 3. O Presidente da República prescinde do assentimento do Tribunal de Contas da União para exercer sua competência disciplinar. Precedente (MS n. 20.882, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 23-9-94). 4 – Não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário, o Tribunal tem confirmado a aplicabilidade da pena de cassação de aposentadoria. Precedentes (MS n. 23.299, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 12-04-2002). 5 – A alegação de que os atos administrativos teriam sido praticados de forma culposa reclama dilação probatória incompatível com o mandado de segurança. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.²⁷

²⁶ - RDA 236/441 e seguintes.

²⁷ - RTJ 195/38 e seguintes.

Quanto ao *Superior Tribunal de Justiça*, ele comunga do posicionamento do Pretório Excelso, e com o mesmo embasamento.

Isso pode ser constatado da leitura, entre outros, dos *Recursos Ordinários em Mandado de Segurança nº 15.047-BA*²⁸ e *18.901-RJ*²⁹.

Nesse sentido, ainda, é o teor da jurisprudência do Egrégio *Tribunal de Justiça do Estado do RS* que sistematicamente vem afastando a alegação de que a imposição de contribuição previdenciária conferiria imunidade frente à pretensão de cassação dos proventos de aposentadoria.

É o que decidiu tal sodalício, quando da apreciação da *Apelação Cível nº 70076449453*, da relatoria do ilustre *Desembargador* EDUARDO UHLEIN, recentemente julgada, *verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME DISCIPLINAR. PENA DE CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. CONSTITUCIONALIDADE. 1. As contribuições previdenciárias dos servidores, no Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), têm natureza tributária, e não contratual, e, por isso, são desvinculadas de qualquer feição comutativa e que devam retornar ao contribuinte ao final de sua carreira ou período contributivo. Ante o cunho universal e solidário da seguridade social, inexistente relação sinalagmática entre o pagamento das contribuições e a fruição de benefícios. 2. Não há falar-se em qualquer ofensa a princípios constitucionais na aplicação da pena de cassação dos proventos de aposentadoria a servidor punido com falta grave, no exercício do cargo público, observado o princípio da supremacia do interesse público. 3. Precedentes do Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. 4. Ação julgada improcedente na origem. APELAÇÃO DESPROVIDA.

E, no corpo do aresto, afirmou o digno relator o seguinte:

O direito à aposentadoria no regime próprio de previdência é conquistado com as contribuições individuais do servidor e também com a contribuição da própria sociedade, em dimensão aliás muito maior (no regime próprio, a parte patronal, suportada pelos cofres públicos, é frequentemente o dobro daquela descontada dos vencimentos do servidor, além de responder por eventuais déficits). Assim, não prospera a tese de que haveria enriquecimento ilícito da administração nem a de ofensa ao princípio da proporcionalidade. As contribuições previdenciárias dos servidores, no Regime Próprio de

²⁸ - RSTJ 198/614 e seguintes.

²⁹ - RSTJ 202/492 e seguintes.

Previdência Social (RPPS), têm natureza tributária, e não contratual, e, por isso, são desvinculadas de qualquer feição comutativa e que devam retornar ao contribuinte ao final de sua carreira ou período contributivo. Em verdade, ante o cunho universal e solidário da seguridade social, inexistente relação sinalagmática entre o pagamento das contribuições e a fruição dos benefícios, mesmo levando em conta que contribuições previdenciárias estão presas a finalidades próprias, no universo da seguridade social, não ao custeio geral do estado, como os impostos.

Assim, tal como expressamente autoriza a Constituição Federal, no art. 41, § 1º, no que se refere à possibilidade jurídica da perda do cargo - que corresponde à perda dos vencimentos e de qualquer expectativa futura quanto à aposentadoria nesse cargo - para o servidor mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa, há implícita e natural possibilidade para a pena de cassação de aposentadoria, quando resultante de falta disciplinar grave, cometida enquanto em atividade, e que deve acarretar, tal qual na perda do cargo ao servidor ativo, a cassação da remuneração suportada pelos cofres públicos na aposentadoria.

6. Conclusão

Ao concluir, é imperioso fazer algumas considerações sobre tudo que foi acima abordado.

Inicialmente, deve-se distinguir a situação dos servidores públicos com direito à inativação já constituída quando do advento das Emendas Constitucionais antes referidas, bem como também os que resguardaram tais privilégios, como militares, policiais e funcionários que ingressaram no Estado antes de 31 de dezembro de 2003 (cf. art. 4º, § 6º, inciso I, da EC nº 103/2019) os quais têm uma situação extremamente favorecida frente ao restante da população brasileira, muitos com paridade e integralidade, para quem é mais do que justificado o entendimento de que estão sujeitos às regras administrativas que impõem a cassação da pensão em decorrência da prática de ilícitos graves.

Isso porque, não é concebível que tais funcionários, que em diversas hipóteses sequer contribuíram para a concessão desse direito, estando plenamente resguardados das mazelas e infortúnios a que está sujeita a população comum, se voltem contra a sociedade que custeia os seus proventos.

Primeiro, porque tanto a Constituição Federal (art. 41, § 1º) quanto o Código Penal contemplam, como efeito da condenação, em situações como essas, a perda do cargo, frente à intensidade do ilícito cometido.

Em segundo lugar, porque manter tais sinecuras ofenderia, frontalmente, os princípios da moralidade, probidade impessoalidade e eficiência administrativa

elencados no *caput* do art. 37 da CF, consistindo em uma verdadeira bofetada na sociedade, notadamente ante a gravidade dos fatos apontados pela legislação como causa de perda desse direito.

Em terceiro lugar, porque há previsão normativa expressa nesse sentido, a qual, aliás, vem sendo sistematicamente sufragada pelo *Supremo Tribunal Federal*, que exclui, de pronto, qualquer alegação de violação aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, sendo que comó magistralmente assinalou o emérito *Ministro MOREIRA ALVES*, no julgamento do *Mandado de Segurança nº 22.728-PR*³⁰, tais institutos resguardam o benefício da inativação remunerada frente ao direito intertemporal, não tendo qualquer aplicação no que diz com o processo administrativo disciplinar e suas sanções.

Em quarto lugar, porque mesmo inativado, o antigo servidor mantém vínculos com a administração, razão pela qual, aliás, percebe vultosos proventos, tendo obrigação de preservar o dever de lealdade e um comportamento irretocável.

Em quinto lugar, porque constitui uma falácia a assertiva de que o funcionário, através da sua contribuição, custearia o seu próprio benefício previdenciário.

Quem afasta essa alegação, e com o costumeiro acerto, é o administrativista peninsular *VITTORIO EMANUELLE ORLANDO*, que, escrevendo no alvorecer do século vinte, ao abordar tal questão, sintetizou:

*(...) La sproporzione grandíssima, che esiste tra il valore delle ritenute pagate dall'impiegato e la pensione che effettivamente lo Stato corrisponde, è, in generale, così enorme, que l'equa bilateralità del rapporto, che si richiede in tutti i contratti fondati sul mero diritto privato, mancherebbe affatto.*³¹

Logo, na verdade, quem suporta o ônus financeiro desses benefícios é o tesouro, através dos impostos, sendo a contribuição do servidor meramente simbólica, fato que afasta qualquer alegação de seguro ou contrato de aposentadoria, e justifica a cassação do benefício em caso da prática de crime contra a administração.

Em sexto lugar, porque a natureza jurídica dessa contribuição é de direito público, a semelhança dos tributos, não tendo qualquer caráter de capitalização ou vinculação a determinada pessoa.

Nem se argumente, para encerrar, que tal conclusão deixaria semelhantes indivíduos em situação de miséria, quando da velhice, eis que foi exarada Portaria do extinto Ministério da Previdência Social, onde consta que se expedirá Certidão de

³⁰ 31 – RTJ 179/636 e 637.

³¹ - *Opus citatum*, p. 135.

Tempo de Contribuição em benefício dos mesmos, os quais serão habilitados perante o INSS, para obtenção de aposentadoria pelo sistema geral.³²

Tudo que foi acima referido, e como é mais do que evidente, não se aplica aos servidores públicos que, frente às inovações decorrentes das EC nº 3/93, 20/98, 41/2003 e 103/2019, estão sujeitos à inativação pelo Estado, mas limitada ao teto da previdência social.

Isso porque, como a contribuição que lhes é exigida é progressiva e como o sistema é análogo ao do Regime Geral, sendo os benefícios, de regra, exíguos, parece acertado manter a sua situação original, a não ser que o provento a ser custeado pelo Estado seja muito superior àquele que faria jus perante as regras do INSS, momento em que não se justificaria a subsistência de um privilégio em benefício de quem atentou contra os interesses maiores da coletividade.

Bibliografia

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Editora Almedina, 1986, v. 2, p. 779.

_____. *Do Poder Disciplinar*. Coimbra, 1932, p. 43.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Direito e Processo Disciplinar*. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, p. 172.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella., Site Consultor Jurídico de 16/04/2015, intitulado "Cassação de Aposentadoria é Incompatível com Regime Previdenciário dos Servidores".

DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Ancienne Librairie Fontemoing & C^a Editeurs, 1930, volume 3, p. 159.

JÈZE, Gaston. - *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. Editora Dalloz, 2004, tomo 2, p. 815 e 835.

_____. *Principios Generales Del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949, II, p. 437, 456/457.

MARTINS, Bruno de Sá Freire. Site *Jornal/Jurid*, intitulado "Perda do Cargo Público e Efeitos Previdenciários".

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Editorial ARAYU, 1954, volume 4, p. 92.

_____. *Le Droit Administratif Allemand*. V. Giard & E. Brière, 1906, tomo 4º, p. 96.

MENEGALE, Guimarães. *O Estatuto dos Funcionários*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª edição, 1962, v. 2, p. 621/2.

³² - Conforme artigo de BRUNO DE SÁ FREIRE MARTINS, publicado na Internet no site *Jornal/Jurid*, intitulado "Perda do Cargo Público e Efeitos Previdenciários".

ORLANDO, Vittorio Emanuele. *Principii di Diritto Amministrativo*. G. Firenze: Barbèra Editore, 1925, p. 135.

PETROZZIELLO, Modestino. *Il Rapporto di Pubblico Impiego*. Milão: Società Editrice Libreria, 1935, p. CCCLXXV/CCCLXXVI.

PLANTEY, Alain. *Traité Pratique de la Fonction Publique*. Paris: Librairie Gènèrale de Droit et de Jurisprudence, 1956, p. 300.

RASPONI, Enrico. *Il Potere Disciplinare*. Editora CEDAM, 1942, p. 93/4.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis*. Editora Saraiva, 4ª edição, 1995, p.233/4.

VIRGA, Pietro. *Il Pubblico Impiego*. Milão: Editora Giuffré, p. 720.

VITA, Cino. *Il Potere Disciplinari Sugli Impiegati Pubblici*. Milão: Società Editrice Libreria, 1913, p. 3.

ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milão: Dott A. Giuffré Editore, 1946, v. 3, p. 99.

_____. *Le Sanzioni Amministrative*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924, p. 1/2.

Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



Luiza Helena Torezani

Coordenação-Geral

Márcio Paulo Veloso Ferreira

Supervisão

Ana Montenegro

Produtora Executiva e colaboração

Rodrigo Silva França

Matheus Flausino

Igor Lyra

Apoio de produção
e colaboração

Rebeca Aismini

Coordenação de Editoração

Projeto Gráfico e Design

Viviane Silva de Paulo

Organização de Conteúdo
e colaboração

Assinatura da Versão Digital

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo e-mail: *rmp@mprj.mp.br*

Envio de trabalhos para publicação

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares.

Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no site:

www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp

Trabalhos para publicação e outras informações podem ser comunicados pelo e-mail:

rmp@mprj.mp.br



Visite o nosso repositório online:
www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp