

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUCAS COSTA GUINSKI

A NATUREZA JURÍDICA DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL EM AÇÕES
PELA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:
Acordos de Não Persecução Cível como Negócios Jurídicos Processuais Atípicos em Ações
pela Prática de Atos de Improbidade Administrativa

CURITIBA

2020

LUCAS COSTA GUINSKI

A NATUREZA JURÍDICA DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL EM AÇÕES
PELA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:
Acordos de Não Persecução Cível como Negócios Jurídicos Processuais Atípicos em Ações
pela Prática de Atos de Improbidade Administrativa

Trabalho de conclusão de curso apresentado como
requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em
Direito, no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
da Universidade Federal do Paraná

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

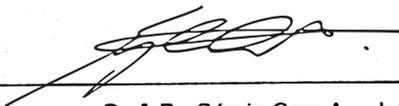
2020

TERMO DE APROVAÇÃO

A Natureza Jurídica dos Acordos de Não Persecução Cível em Ações pela Prática de Atos de Improbidade Administrativa

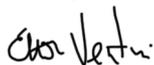
LUCAS COSTA GUINSKI

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Orientador

Coorientador



Prof. Dr. Elton Venturi
1º Membro



Prof. Dr. Gustavo Osna
2º Membro

RESUMO

O presente trabalho objetivou analisar a natureza jurídica dos acordos de não persecução cível em ações de improbidade administrativa, inseridos no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime. A metodologia da pesquisa consistiu na análise da bibliografia pertinente aos temas Direito Processual Civil e negócios jurídicos processuais, além do estudo da jurisprudência nacional, principalmente dos Tribunais Superiores. Perante o veto presidencial ao art. 6º da Lei nº 13.964/2019, o qual previa a inclusão do art. 17-A na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e que disciplinaria o procedimento atinente ao acordo de não persecução cível, bem como o estudo comparativo com outras figuras negociais previstas no ordenamento jurídico brasileiro, foi possível chegar a conclusão de que o acordo de não persecução cível previsto na Lei de Improbidade Administrativa possui natureza jurídica de negócio jurídico processual atípico.

Palavras-chave: Acordo de não persecução cível. Improbidade administrativa. Pacote Anticrime. Lei nº 13.964/2019. Lei nº 8.429/1992.

ABSTRACT

This paper had the goal to analyze the legal nature of the civil no prosecution agreements in government dishonest lawsuits, included in the Brazilian legal system by the Law nº 13.964/2019, known as “Anti-crime act”. The methodology applied in this work consisted in analyzing the bibliography related to the Civil Procedure and procedure legal negotiations, besides the study of the precedents, especially those from the supreme court. Considering the presidential block to the article 6º of the Law nº 13.964/2019, which would have included the article nº 17-A to the Law nº 8.429/1993 (government dishonest act) and that would have treaty the procedure of the civil no prosecution agreement, and the comparative study between the civil no prosecution agreement and others alternative dispute resolution methods, it was possible to conclude that the civil no prosecution agreement included in the government dishonest act has the legal nature of atypical procedure legal negotiations.

Keywords: civil no prosecution agreement. Government dishonesty. Anti-crime act. Law nº 13.964/2019. Law nº 8.429/1992.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	3
2. DO PRIVATISMO AO PUBLICISMO - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	4
2.1. O Desenvolvimento da Teoria dos Negócios Jurídicos Processuais no Brasil.....	7
3. NORMAS FUNDAMENTAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E DA EFETIVIDADE	9
3.1. Princípio da Cooperação.....	10
3.1.1. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo e o Princípio da Atipicidade na Negociação sobre o Processo	12
3.2. Princípio da Eficiência.....	13
3.3. Outros Princípios que Regem os Negócios Jurídicos Processuais - Princípio Dispositivo e Princípio do Debate	14
3.4. Princípios da Improbidade Administrativa - Princípio da Obrigatoriedade.....	15
3.4.1. A Questão do Princípio da Supremacia do Interesse Público e da Indisponibilidade do Interesse Público diante da Possibilidade de Acordos pela Prática de Atos de Improbidade Administrativa	17
4. TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS - NOMENCLATURA E CONCEITO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS.....	19
4.1. Convenções Processuais como Espécie de Negócios Jurídicos Processuais.....	20
5. CLÁUSULA NEGOCIAL GERAL - ART. 190, NCPC	21
5.1. Direitos que Admitam Autocomposição	21
5.2. Manifesta Situação de Vulnerabilidade.....	23
5.3. Momento da Celebração - Antes ou Durante o Processo	25
6. O CENÁRIO ANTES DAS MUDANÇAS DO PACOTE ANTICRIME: O INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO	25
7. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL PELA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	27
7.1. Limites para o Acordo de Não Persecução Cível em Ações de Improbidade Administrativa	27
7.1.1. Legitimidade para a Promoção de Ação pela Prática de Atos que Importem em Improbidade Administrativa.....	27
7.1.1.1. O Ministério Público como Custos Legis e a sua Função Ombudsman.....	29
7.1.1.2. Ministério Público como Custos Legis e Ombudsman nos Acordos de Não Persecução Cível Ofertados pelos demais Legitimados para a Promoção de Ação de Improbidade Administrativa	30
7.1.1.3. Veto Presidencial em Relação à Inclusão do Art. 17-A, caput, na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).....	31

7.1.2. Possibilidade de Convenções Processuais no Curso da Ação de Improbidade Administrativa - Crítica ao Veto Presidencial em Relação a Inclusão do Art. 17-A, § 2º, na Lei de Improbidade Administrativa	33
7.1.3. Obrigatoriedade do Ressarcimento do Dano Causado ao Erário	35
7.1.4. Convencionalidade - Celebração de mais de um ANPC ao “Reincidente”	37
7.1.5. Direito Subjetivo ao Acordo de Não Persecução Cível e da Possibilidade do Acusado de Propor o Acordo	38
7.2. O Acordo de Não Persecução Civil como Meio de Obtenção de Provas.....	43
7.3. Termo de Ajustamento de Conduta como Sustentáculo aos Acordos de Não Persecução Cível.....	44
7.4. Orientação nº 10, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal	48
7.4.1. Particularidades do Acordo de Não Persecução Cível Previsto na Orientação nº 10 da 5ª CCR/MPF	49
7.4.1.1. Dever de Notificação do Ente Público Lesado	49
7.4.1.2. Impedimento de Celebração de Acordo de Não Persecução Cível	50
7.4.1.3. Sanções	51
7.4.1.4. Desistência de Pretensão Recursal	52
8. CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	56

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a natureza jurídica dos acordos de não persecução cível (ANPC), incluídos na Lei de Improbidade Administrativa (LIA - Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1991) pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019). Como já indica o título, os acordos de não persecução cível possuem natureza de negócios jurídicos processuais atípicos.

Para tanto, em um primeiro momento, serão analisados os pressupostos históricos que resultaram em um processo mais dialogal, voltado para as partes. Em outras palavras, um “processo para chamar de seu”¹. Como será visto, o processo civil passou por diversos momentos, iniciando no Direito Romano, atravessando um período chamado de “hiperpublicismo”², até chegar a conjuntura atual. Ainda, serão estudados os pressupostos teóricos do processo civil brasileiro.

Em um segundo momento, far-se-á a análise dos princípios do Direito Processual Civil, considerando a inovação do Novo Código de Processo Civil (NCPC) ao dispor, já de início, um capítulo inteiramente dedicado às normas fundamentais. Da mesma forma, serão analisados os princípios atinentes à temática dos negócios jurídicos processuais, bem como os princípios aplicáveis a Lei de Improbidade Administrativa.

Superado o estudo principiológico, será feita uma detida análise do art. 190, NCPC, que, segundo parcela doutrinária, traz uma “cláusula geral negocial”. Nesse sentido, referido dispositivo é essencial para a adequada compreensão dos negócios jurídicos processuais atípicos.

Como será visto após a análise dos princípios regentes da temática em pauta, a terminologia “negócio jurídico processual” comporta apenas uma parcela dos atos inseridos na chamada teoria dos negócios jurídicos. Além do mais, para alguns autores, haveria uma certa diferença entre os negócios jurídicos processuais e as convenções processuais.

Transposto o tópico referente a nomenclatura adotada, chegar-se-á a conclusão de que a previsão de um instituto negocial em ações de improbidade administrativa (AIA), conquanto seja uma novidade na Lei de Improbidade Administrativa, considerando que o Pacote Anticrime alterou a redação o art. 17, § 1º, LIA, onde, em sua redação original, vedava

¹ Terminologia encampada por EDUARDO TALAMINI, em: TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.o 104, outubro de 2015, disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 26/10/2020.

² CABRAL, , Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 3 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 130.

o uso de instrumentos negociais em ações de improbidade administrativa, não se trata de algo realmente novo, já que tanto doutrina como jurisprudência já vinham admitindo a utilização de institutos negociais em AIA, ignorando a então previsão expressa da LIA.

Estabelecidas todas as premissas teóricas, entrar-se-á no estudo dos acordos de não persecução cível e como o veto presidencial parcial ao art. 6º do Pacote Anticrime, que incluiria na LIA o art. 17-A, fez com que o ANPC possa ser caracterizado como sendo de natureza jurídica de negócio jurídico processual atípico. Entretanto, isso não os torna ilimitados, como será visto.

Além do mais, serão feitas comparações entre o ANPC em relação a outros institutos negociais, como, por exemplo, o termo de ajustamento de conduta (TAC) e, ainda, com instrumentos que escapam do Direito Processual Civil, como a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal (ANPP), este incluído ao Código de Processo Penal (CPP) também pelo Pacote Anticrime. Esta aproximação com outros negócios processuais se dá em razão da falta de normatividade ao ANPC, somado à extensa regulamentação desses outros instrumentos, que, consideradas suas especificidades, servirão de balizas para os acordos de não persecução civil.

Por fim, diante da análise do ANPC frente a outros negócios jurídicos processuais e a falta de normatividade específica ao ANPC, chegar-se-á a conclusão de que os acordos de não persecução cível possuem natureza jurídica de negócios jurídicos processuais atípicos.

2. DO PRIVATISMO AO PUBLICISMO - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Os negócios processuais, inseridos dentro da ciência processual, tiveram suas primeiras teorizações na Alemanha do século XIX³. Contudo, muito antes, já em Roma, se encontram as bases históricas que levaram, posteriormente, à formação dos negócios jurídicos processuais, inseridos dentro do processualismo científico.

No Direito Romano, havia a figura da *litiscontestatio*⁴, que possuía a função primordial de fixar as pretensões dos litigantes⁵. Tãmanha foi a importância da *litiscontestatio* que a doutrina processualista, em momento posterior, passou a ver o processo como um contrato

³ Ibidem, p. 121

⁴ Conforme assevera ANTÔNIO DO PASSO CABRAL, a *litiscontestatio* não teve seu conteúdo constante ao longo da história romana. De fato, foi ela sendo alterada conforme o período histórico da evolução do Direito romano. Ibidem, p. 43-45.

⁵ CABRAL, loc. cit.

ou como um quase-contrato⁶, o que já denota a influência que o privatismo exercia no processo.

Entretanto, o avanço da ideia do processo como “coisa pública” e não como “coisa das partes” resultou no abandono dos negócios jurídicos. Foi só na Alemanha do século XIX (em 1887), a partir das teorizações de JOSEF KOHLER, que os negócios jurídicos processuais voltaram a ganhar força. KOHLER afirmava que “a vontade das partes poderia ser orientada negocialmente para produzir efeitos no processo”⁷.

Coincidentemente ou não, foi aproximadamente na mesma época (mais especificamente, em 1856) e também na Alemanha que, a partir da polêmica entre WINDSCHEID e MUTHER, passou-se a questionar a vinculação do direito processual ao direito material. Até então, o processo seria um mero apêndice do direito substancial, ou seja, não havia autonomia do processo (da ação) com relação ao direito material⁸. Influenciado pelos diversos debates doutrinários⁹, o Novo Código de Processo Civil brasileiro coloca o processo, se expressando pelo direito de ação, como “o direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante processo justo”, como bem definem MARINONI, ARENHART e MITIDIERO¹⁰. Tal conceito será fundamental para compreender a aplicação dos negócios jurídicos processuais atípicos dentro da efetiva tutela de direitos.

Retornando à Alemanha do século XIX, as teorizações de KOHLER foram freadas pelos estudos realizados por OSKAR VON BÜLOW, considerado o fundador da escola publicista do processo, pois foi o responsável por liberar “o processo dos domínios do direito material”¹¹. Para BÜLOW, o processo, por envolver o Estado-juiz, não se confundia com a relação jurídica de direito material¹²:

Coube a Oskar von Bülow, ainda no século XIX, teorizar o processo como uma relação jurídica, conferindo-lhe um quê teleológico. Separaram-se processo e procedimento: este, como mera sequência de atos, despida de qualquer finalidade; aquele, como uma relação jurídica que tem por fim a atuação da lei. Dessa relação participam as partes e o Estado, a partir da instauração do processo. Por ser diversa da

⁶ CABRAL, loc. cit.

⁷ CABRAL, loc. cit.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 195-197.

⁹ Debates estes em torno do conceito do direito de ação, envolvendo, além de WINDSCHEID e MUTHER, autores como PLÓSZ, DEGENKOLB, MORTARA, WACH, CHIOVENDA, COUTURE e LIEBMAN. Nesse sentido: *Ibidem*, p. 198-208.

¹⁰ *Ibidem*, p. 211.

¹¹ CABRAL, op. cit., p. 123.

¹² TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa: o estado da arte após a Lei n. 13.964/2019 (pacote “anticrime”)**. In: TAVARES, João Paulo Lordelo G. (Coord.). *Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019 na visão de Procuradores da República*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 89.

relação jurídica material ínsita à lide, a sentença de improcedência, v. g., em nada afetaria a existência da relação processual, autônoma.

Diante desse cenário, BÜLOW sustentava que “os acordos processuais seriam inadmissíveis porque, ante a publicidade da relação jurídica processual, seria vedado às partes convencionar sobre poderes de outrem (o Estado-juiz)”¹³:

Bülow voltou-se contra a “teoria da mutação” (*Mutationstheorie*), segundo a qual as partes poderiam modificar, pela sua vontade, o direito positivo vigente. Para ele, seria impossível imaginar que houvesse um ato de vontade de um sujeito privado que mudasse regras processuais ou suspendesse a eficácia de normas cogentes.

A tese de BÜLOW influenciou a dogmática processualista italiana, como no caso de SALVATORE SATTA, que, no início, também não via a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais¹⁴.

Entretanto, as teorizações de BÜLOW não foram adotadas em sua integralidade pela grande maioria dos estudiosos italianos. Alguns, como é o caso de CARNELUTTI e CHIOVENDA, chegavam a admitir os acordos processuais, só que de forma tímida, sendo que, para este, as convenções processuais deveriam resultar da lei e não da vontade das partes. Em outras palavras, só admitiam acordos processuais típicos¹⁵.

Foi sobre essas bases que se fundou a atual teoria dos negócios jurídicos processuais: o processo pertenceria ao ramo do Direito Público e, por isso, não admitiria intervenção das partes quanto à sua modificação.

Entretanto, essa *summa divisio* entre publicismo *versus* privatismo começou a ruir já no século XX, na Alemanha, quando os negócios processuais ganharam um novo fôlego, a partir principalmente das elaborações teóricas de SASHSE, em 1929, onde, adotando um posicionamento típico do direito material, afirmava que tudo aquilo que não fosse proibido dentro do processo deveria ser permitido, desde que a norma processual convencional versasse predominantemente sobre interesses das partes¹⁶. Outro autor italiano que corroborou com a tese dos negócios jurídicos processuais foi PETER SCHLOSSER, com a ideia de *in dubio pro libertate* do Direito Processual¹⁷⁻¹⁸.

Os acordos processuais também passaram a ser admitidos em outros países europeus, como na França, a partir dos estudos desenvolvidos por LOÏC CADIET, já na década

¹³ CABRAL, op. cit.

¹⁴ Ibidem, p. 127-128.

¹⁵ Ibidem, p. 126.

¹⁶ Ibidem, p. 141.

¹⁷ Ibidem, p. 142.

¹⁸ Como SCHIEDERMAIR, BAUMGÄRTEL, KNECHT e ERICKMANN. Em : Ibidem, p. 141-143.

de 80 do século XX¹⁹, e na Itália, com REMO CAPONI²⁰. Contudo, coube principalmente à jurisprudência dos referidos países formular as bases para a admissibilidade e aplicação dos negócios jurídicos processuais²¹.

2.1. O Desenvolvimento da Teoria dos Negócios Jurídicos Processuais no Brasil

No Brasil, poucos foram os trabalhos doutrinários acerca dos negócios jurídicos processuais durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73)²², sendo que tal omissão se deu em razão da forte influência da processualística italiana e a rejeição da tese do processo negocial pelos estudiosos brasileiros. Mesmo havendo previsões do contratualismo processual no então CPC/73, não se observava uma adesão clara e explícita ao modelo negocial de processo²³.

Diante desse cenário, a doutrina brasileira era divergente quanto à admissão ou não dos negócios jurídicos processuais. Autores como CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, DANIEL MITIDIERO e ALEXANDRE CÂMARA eram contrários aos acordos processuais; outros, como CALMON DE PASSOS, LUIZ FUX, LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, adotavam posição favorável aos negócios processuais²⁴.

Entre o CPC/1973 e o advento do NCPC/2015, foram editados diversos diplomas normativos prevendo outras modalidades de negócios processuais, como a arbitragem, regulada pela Lei nº 9.307/1996, e os meios alternativos de solução de controvérsias, caracterizados principalmente pela mediação e conciliação²⁵, tratadas pela Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sendo estas admitidas, inclusive, no âmbito da Administração Pública (Lei nº 13.140/2015).

¹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Os “acordos processuais” no novo CPC - aproximações preliminares**. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Desvendando o Novo CPC*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017. p. 266.

²⁰ *Ibidem*, p. 267.

²¹ CABRAL, op. cit., p. 143-152.

²² *Ibidem*, p. 157-158.

²³ Como bem pontuam SÉRGIO CRUZ ARENHART e GUSTAVO OSNA, o CPC/73 tinha previsão de cláusula contratual de eleição de foro (art. 111), prorrogação da competência em caso de juízo territorialmente incompetente (art. 114) e parâmetros de ônus probatório (art. 333). ARENHART; OSNA, op. cit., p. 271-272.

²⁴ CABRAL, op. cit., p. 158-160.

²⁵ LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA e ANTÔNIO DO PASSO CABRAL tratam da *collaborative law*, que seria a “mediação sem mediador”. CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Antônio do Passo. **Negociação Direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*)**: “mediação sem mediador”. Disponível em: <https://www.academia.edu/30837605/NEGOCIAÇÃO_DIRETA_OU_RESOLUÇÃO_COLABORATIVA_DE_DISPUTAS_COLLABORATIVE_LAW_MEDIACÃO_SEM_MEDIADOR_>. Acesso em: 26/10/2020.

Todavia, foi o NCPC que, além de prever antigos acordos processuais contidos no CPC anterior, também ampliou o rol de negócios processuais típicos, passando a incluir, entre outros, o calendário processual (art. 191) e a escolha de mediador e perito (art. 169 e 471)²⁶. A grande novidade²⁷, contudo, reside na cláusula geral negocial contida no art. 190, adiante analisada detalhadamente, que sancionou a possibilidade de convenções processuais atípicas²⁸:

A grande mudança não reside na mera admissibilidade de negociações sobre o processo - pois o CPC de 1973 já as contemplava, de forma típica (por exemplo, a inversão negocial do ônus da prova, prevista no seu art. 333, parágrafo único) -, mas sim na possibilidade de negócios atípicos (genéricos, portanto) sobre o processo. Nunca antes a legislação processual civil concebera a possibilidade tão ampla de celebração de negócios atípicos, que desafiam a criatividade humana.

Seguiram-se diversas outras alterações legislativas, todas referendando a autonomia privada dentro do processo, como foi o caso da instituição do calendário processual no procedimento arbitral (alteração promovida pela Lei nº 13.129/2015 na Lei de Arbitragem - Lei nº 9.307/96); o negócio de certificação na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 26 da LINDB - Decreto-Lei nº 4.657/1942, alterado pela Lei nº 13.129/2015) e no Código Civil (art. 113, § 2º, e 421-A, I), a partir das alterações promovidas pela Lei de Liberdade Econômica (LLE - Lei nº 13.874/2019); a possibilidade de convenções processuais firmada pela Fazenda Pública (art. 19, §§ 12 e 13, Lei nº 10.522/2002, alterado pela LLE); a transação na esfera federal (Lei nº 13.988/20)²⁹; a colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013)³⁰; e, recentemente, o acordo de não persecução cível (art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa - LIA, Lei nº 8.429/1992 -, com redação dada pelo Pacote Anticrime - Lei nº 13.964/2019).

²⁶ CABRAL, op. cit., p. 158-164.

²⁷ A cláusula geral negocial é tida como inédita pois não havia dispositivo correspondente no CPC/1973 e nem em legislações esparsas. Entretanto, alguns autores, em corrente minoritária, afirmam que o art. 158 do CPC/1973 já previa uma espécie de cláusula geral sobre negócios jurídicos processuais. Contudo, não é essa a visão que prevalece na doutrina, que entende que, de fato, a previsão de cláusula geral para acordos processuais atípicos é uma novidade do NCPC. CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo código de processo civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 316-317.

²⁸ TAVARES, op. cit., p. 93.

²⁹ CABRAL, op. cit., p. 158-165.

³⁰ JOÃO PAULO LORDELO GUIMARÃES TAVARES, FREDIE DIDIER JR. e DANIELA SANTOS BOMFIM defendem a natureza jurídica de negócios jurídico processual atípico da colaboração premiada em demandas de improbidade administrativa. TAVARES, op. cit., p. 95-102. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. **A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa**. In: DIDIER JR., Fredie (Coord). **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 153-167.

Diante das diversas alterações legislativas, GUSTAVO OSNA, tratando da adaptabilidade do processo civil, afirma que o processo passou a ser mais horizontal e participativo³¹:

Explicando o conceito [de acordos processuais], se de uma forma geral a resolução de disputas percorreria um caminho padronizado e pré-definido, por meio desses negócios seria conferida às partes a possibilidade de *dispor sobre a estrutura procedimental* de seu litígio; de estabelecer parcela do percurso a que o “acertamento de seu caso” estaria submetido; em síntese, de *derrogar* regras relacionadas ao desenvolvimento do processo, alterando sua tramitação.

Portanto, no atual cenário, o ordenamento jurídico brasileiro se mostra favorável aos negócios jurídicos processuais, inclusive aos atípicos, e, ainda, as recentes mudanças legislativas, como é o caso do acordo de não persecução cível, denotam que, de fato, o Direito Processual Civil brasileiro tem trilhado o rumo do contratualismo processual, da autonomia privada e do autorregramento.

3. NORMAS FUNDAMENTAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E DA EFETIVIDADE

Outra grande novidade do NCPC foi a previsão de um capítulo dedicado exclusivamente para as chamadas normas fundamentais: dentro da Parte Geral, inserido no Título Único (Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais) do Livro I (Das Normas Processuais Cíveis), tem-se o Capítulo I, “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”. A previsão de um capítulo inteiramente dedicado às normas fundamentais foi algo inovador, inexistente no CPC/73 ou em Códigos de Processo Civil anteriores.

As normas fundamentais representam vetores que auxiliam na interpretação e aplicação das demais normas previstas tanto no NCPC como na legislação extravagante. Além do mais, a criação de um capítulo específico para as normas fundamentais representa uma sinalização de que os princípios são, de fato, espécies normativas que merecem maior destaque em nossa legislação. Ainda, a previsão explícita de normas fundamentais nos Códigos segue a linha germânica de codificações, que entende que princípios e cláusulas gerais devem ser positivados, buscando dar maior segurança jurídica³².

³¹ OSNA, Gustavo. **Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 36.

³² Conforme ANTÔNIO DO PASSO CABRAL, em aulas ministradas no Curso Alcance preparatório para o concurso público para ingresso na carreira de Procurador da República do Ministério Público Federal.

Dentro das normas fundamentais previstas no NCPC, duas delas ganham maior relevância para fins do presente trabalho: o princípio da cooperação e o princípio da efetividade.

3.1. Princípio da Cooperação

O princípio da cooperação, também chamado de princípio da colaboração³³ ou princípio da comparticipação³⁴, está previsto expressamente no art. 6º, NCPC:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

A partir deste princípio, pode-se afirmar que o Direito Processual Civil brasileiro adotou uma “terceira via”, uma posição intermediária entre o princípio dispositivo e princípio inquisitivo³⁵, próprios de um processo dispositivo e inquisitorial, respectivamente³⁶:

A condução do processo deixa de ser determinada exclusivamente pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques para qualquer dos sujeitos processuais.

A doutrina diverge quanto ao conteúdo do princípio da cooperação. Autores como FREDIE DIDIER JR.³⁷ e ANTÔNIO DO PASSO CABRAL³⁸ defendem a concepção triangular do princípio da cooperação: a colaboração se dá tanto entre as partes e o juízo, bem como entre os litigantes. Já DANIEL MITIDIERO afirma que o princípio da cooperação não seria aplicado entre as partes, mas sim somente entre elas e o juízo, ou seja, o processo continuaria com o seu formato assimétrico e hierárquico³⁹:

O processo civil é presidido normalmente pela existência de interesses divergentes entre as partes. A necessidade de colaboração entre as partes, portanto, seria uma imposição no mínimo contraintuitiva. Numa palavra: “ilusória”. Fundamentá-la na boa-fé - e, pois, na confiança, seu elemento último - pode levar a um indevido esfumaçamento dos objetivos de cada uma das partes no processo civil. É certo que os deveres cooperativos no plano do direito material decorrem da boa-fé, notadamente

³³ Nomenclatura adotada por DANIEL MITIDIERO.

³⁴ DIERLE JOSÉ COELHO NUNES fala em modelo comparticipativo de processo.

³⁵ Entendimento este também compreendido por DANIEL AMORIM ASSUMPTÃO NEVES, que afirma que “o sistema brasileiro é um sistema misto, com preponderância do princípio dispositivo”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil - volume único**. 12 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019. p. 183-184.

³⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 21 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019. p. 157.

³⁷ *Ibidem*, p. 156-163.

³⁸ CABRAL, op. cit., p.

³⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 107-108.

no campo do direito obrigacional. Existe, porém, uma diferença central em um e em outro terreno: enquanto o processo civil é marcado normalmente pela divergência, a relação obrigacional no âmbito do direito privado é permeada, em regra, pela existência de *interesses convergentes* das partes. O adimplemento é o fim do processo obrigacional e ambas as partes estão normalmente interessadas na sua obtenção: daí a necessidade de colaboração entre as partes para a promoção do interesse comum. No processo civil não há interesse comum do ponto de vista substancial entre as partes: cada uma quer perseguir o seu próprio interesse. E é por essa razão que a colaboração esperada pela ordem jurídica no processo civil é do *juiz para com as partes* - e jamais das partes entre si. Essa colaboração não está fundamentada na boa-fé. Os deveres cooperativos no âmbito do processo civil não decorrem da boa-fé: decorrem da necessidade de revisitar a divisão do trabalho entre o juiz e as partes por força da *natureza interpretativa do direito* e da necessidade de prestação de *tutela ao direito mediante decisão de mérito justa e efetiva*. A colaboração - e os deveres cooperativos - no âmbito do processo civil decorrem da necessidade de *equilibrada participação* do juiz e das partes no processo por força da alteração do conceito de direito e do caráter instrumental do processo.

Com todo respeito ao ilustre processualista civil, no atual estado da arte do desenvolvimento do direito processual civil brasileiro, não mais se coaduna a visão arcaica segundo a qual as partes seriam adversárias ferrenhas no campo processual. A acepção contemporânea do princípio da cooperação não pode ignorar a existência de uma relação de coordenação entre as partes processuais, que buscam um objetivo comum: a tutela efetiva jurisdicional.

Inclusive, o NCPC, através de seus dispositivos, parece indicar a existência de uma relação colaborativa entre as partes antagônicas. Chega-se a essa conclusão através da leitura de diversos artigos no Código que fomentam atitudes colaborativas entre os sujeitos processuais, como é o caso da cláusula geral de negócios jurídicos processuais (art. 190, NCPC), o calendário processual (art. 191, NCPC), cláusula de eleição de foro (art. 63), renúncia de prazo etc.⁴⁰

Além do mais, não se trata de uma visão romantizada do processo, como sustentam alguns autores⁴¹, que afirmam que seria utópico supor que as partes colaborariam entre si, considerando que seus respectivos interesses são antagônicos. De fato, as divergências continuam, bem como não se está a afirmar que as partes devem contrariar seus próprios interesses; estes permanecem, o que não impede que se chegue a um processo adequado para todos os envolvidos⁴²:

Ora, numa situação concreta, a existência de conflito a respeito do direito material não implica necessariamente um desacordo das partes quanto às posições processuais, sendo perfeitamente possível uma comunhão de vontades sobre os meios de resolução do conflito. Tal raciocínio é válido não apenas no âmbito estritamente cível-patrimonial, mas também no contexto do direito processual sancionador.

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie, op. cit., p. 167-169.

⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, op. cit., p. 206-208.

⁴² TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães, op. cit., p. 97.

Portanto e apesar de posicionamentos de respeitada doutrina em sentido contrário, aparentemente o NCPC adotou a tese defendida por autores como FREDIE DIDIER JR. e ANTÔNIO DO PASSO CABRAL, onde processo cooperativo é aquele que envolve, também, os litigantes, com a finalidade de estabelecer o procedimento que melhor atende as necessidades de ambos, sem, com isso, afastar os poderes discricionários do juiz. Esse é o processo cooperativo⁴³:

O modelo cooperativo de processo caracteriza-se exatamente por articular os papéis processuais das partes e do juiz, com o propósito de harmonizar a eterna tensão entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado. (...), o processo cooperativo nem é processo que ignora a vontade das partes, nem é processo em que o juiz é um mero espectador de pedra.

3.1.1. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo e o Princípio da Atipicidade na Negociação sobre o Processo

De acordo com FREDIE DIDIER JR., do direito fundamental à liberdade, previsto constitucionalmente (art. 5º, *caput*, CF), extrai-se o direito ao autorregramento que, ao seu turno, expressa-se, no campo processual, a partir do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo. Este consiste no “complexo de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com ordenamento jurídico”⁴⁴. Fundamentalmente, representa uma das vertentes do princípio da liberdade (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988).

A partir do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, chega-se ao princípio da atipicidade da negociação sobre o processo⁴⁵, previsto no art. 190, NCPC. Nota-se que o princípio da atipicidade negocial do processo nada mais é do que uma forma de expressão do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo.

Esse arcabouço principiológico legitima de forma satisfatória os negócios jurídicos processuais atípicos na vigência do NCPC. Além do mais, representa a efetivação de mandamentos constitucionais, como o princípio da liberdade, e, ainda, está em harmonia com

⁴³ DIDIER JR., Fredie, op. cit., p. 166.

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. Coleção Grande Temas do Novo CPC, v. 1. 4 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019. p. 35-36.

⁴⁵ FREDIE DIDIER JR. coloca que o princípio da atipicidade da negociação processual trata-se, na verdade, de um subprincípio, pois “serve à concretização do princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo”. DIDIER JR., Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. Coleção Grande Temas do Novo CPC, v. 1. 4 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019. p. 119.

os demais preceitos fundamentais do Novo Código, como, por exemplo, o princípio da eficiência.

3.2. Princípio da Eficiência

Previsto no art. 8º, NCPC, o princípio da eficiência encontra-se no mesmo dispositivo que versa sobre tantos outros princípios. Trata-se de artigo pessimamente redigido e que lembra a dicção da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). De forma bem humorada, ANTÔNIO DO PASSO CABRAL coloca que “e o legislador, no 8º artigo, descansou”:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

O princípio da eficiência possui uma dupla feição: versa tanto sobre a atividade jurisdicional como, também, a administração judiciária⁴⁶. Dentro do processo, o magistrado está no âmbito da microgestão, ao passo que, na coordenação da serventia judiciária, fala-se em macrogestão.

Eficiência não se confunde com efetividade. LUÍS ROBERTO BARROSO, no âmbito do Direito Constitucional, conceituando o princípio da efetividade⁴⁷:

A ideia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.

Já a eficiência “é a atuação que promove os fins do processo de modo satisfatório em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos”⁴⁸.

Percebe-se que, a partir dos conceitos apresentados, efetividade e eficiência são princípios distintos. Na seara processual, um determinado processo pode ser efetivo, pois alcançou o fim almejado ao tutelar o bem da vida visado pelas partes; mas, ao mesmo tempo, pode ter sido um processo ineficiente, caso ele tenha sido longo, sem duração razoável, custoso

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie, op. cit., p. 129-131.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 219.

⁴⁸ DIDIER JR., Fredie, op. cit., p. 133.

e que a prestação jurisdicional tenha sido insatisfatória ao longo de toda a marcha processual⁴⁹:

Efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. Eficiente é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório... Um processo *pode ser efetivo sem ter sido eficiente* - atingiu-se o fim “realização do direito” de modo insatisfatório (com muitos resultados negativos colaterais e/ou excessiva demora, por exemplo). Mas *jamais poderá ser considerado eficiente sem ter sido efetivo*: a não realização de um direito reconhecido judicialmente é quanto basta para a demonstração da ineficiência do processo”.

O princípio da eficiência está diretamente atrelado aos negócios jurídicos processuais atípicos. Ao se falar em processo eficiente, está a proclamar aquele processo que tenha transcorrido de forma satisfatória para os envolvidos e para o Poder Judiciário, e a melhor forma de sanar esses anseios por um processo adequado às partes é permitindo que elas façam, da maneira mais ampla o possível, o seu próprio processo⁵⁰:

Assim como o princípio da adequação, o princípio da eficiência impõe ao órgão jurisdicional o dever de adaptar ou “arquitetar”, na expressão de Eduardo José da Fonseca Costa, regras processuais, com o propósito de atingir a eficiência. Mas enquanto a adequação é atributo das regras e do procedimento, *a eficiência é uma qualidade que se pode atribuir apenas ao procedimento* - encarado como ato. Embora se conceba um procedimento *a priori* (em tese) adequado - um procedimento definido pelo legislador, com a observância dos critérios objetivo, subjetivo e teleológico...-, um procedimento eficiente é inconcebível *a priori*: a eficiência resulta de um juízo *a posteriori*, como se disse, sempre retrospectivo.

3.3. Outros Princípios que Regem os Negócios Jurídicos Processuais - Princípio Dispositivo e Princípio do Debate

Conquanto os princípios da cooperação e da efetividade, que possuem base expressa no NCPD, bem como outros princípios atinentes ao Direito Processual Civil (como o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo e o princípio da atipicidade na negociação sobre o processo) são tidos como basilares na temática das convenções processuais, outros princípios também se revelam de suma importância para os negócios jurídicos processuais, entre eles o princípio dispositivo e o princípio do debate.

O princípio dispositivo, que possui fundamento constitucional, pode ser tido como uma decorrência lógica da nova relação processual, que consiste em uma dinâmica triangular envolvendo as partes e o Estado-juiz⁵¹:

O princípio dispositivo..., deriva do direito de liberdade e das garantias processuais referentes ao acesso à Justiça, à inafastabilidade do controle jurisdicional e aos direitos

⁴⁹ Ibidem, p. 129-133.

⁵⁰ Ibidem, p. 132-133.

⁵¹ CABRAL, op. cit., p. 173.

de ação e defesa. Estes direitos fundamentais atribuem aos litigantes não só a iniciativa, no sentido de propor a demanda pelo exercício de ação, mas também uma ampla margem de liberdade de atuação processual em razão de sua vontade.

De fato, o princípio dispositivo garante às partes poderes de disposição e renúncia que devem ser respeitados pelo Estado em nome do equilíbrio entre a natureza pública da relação jurídica processual e os interesses privados que também se manifestem no processo. (...).

O princípio dispositivo vai além do mero exercício do direito de ação; ele envolve garantias fundamentais asseguradas na Constituição Federal, principalmente aquelas consideradas como direitos fundamentais de primeira geração, conectados à ideia de liberdade e de ausência de interferência estatal⁵². A partir do momento em que as partes são emancipadas e capazes de decidir seus próprios rumos, não faz mais sentido um Estado-juiz que, sob o pretenso argumento de proteger a marcha processual, obrigue os litigantes a adotarem posturas nas quais eles não concordam.

Ao seu turno, o princípio do debate, também tido como princípio dispositivo em sentido processual⁵³, versa sobre a possibilidade das partes, além de disporem sobre o direito material, tratarem dos rumos que o processo seguirá⁵⁴:

O princípio dispositivo estabelece a disponibilidade sobre a cognição e decisão a respeito do direito material. E o princípio do debate atribui às partes autonomia para a condução do procedimento e lhes autoriza abrir mão de direitos fundamentais processuais. Por isso, não é propriamente a liberdade contratual do direito privado que justifica a autonomia das partes no processo. Como o processo é um ambiente publicizado, no qual a liberdade contratual encontra limitações, é a combinação entre o princípio dispositivo e princípio do debate que permite justificar a autonomia das partes.

Nota-se que que o dogma da irrelevância da vontade no processo⁵⁵ não encontra sustentáculos diante da (nova) principiologia que rege as relações processuais, principalmente ao considerar a positivação de diversas normas fundamentais no NCPC que, em sentido absolutamente contrário, buscam enaltecer a vontade das partes. Até por isso, mesmo não estando expressamente previsto no Código, o princípio do autorregramento da vontade, como visto acima, afasta qualquer alegação de que as partes não poderiam negociar sobre o procedimento a ser aplicado ao seu caso.

3.4. Princípios da Improbidade Administrativa - Princípio da Obrigatoriedade

⁵² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 65-66.

⁵³ CABRAL, op. cit., p. 174.

⁵⁴ Ibidem, p. 176.

⁵⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. Disponível em <https://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%ADcios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 26/10/2020.

Até o advento do Pacote Anticrime, o art. 17, § 1º, da Lei nº 8.249/92 colocava expressamente que “é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações” que versem sobre atos de improbidade administrativa.

Conquanto esta tenha sido a previsão legal positivada até então, o certo é que a muito já se vinha admitindo a autocomposição em sede de improbidade administrativa, como será visto mais adiante. De toda sorte, perante a antiga redação do art. 17, § 1º, LIA, alguns autores afirmavam a existência do princípio da obrigatoriedade em ações que versassem sobre atos de improbidade administrativa. Tal princípio consiste na “obrigatoriedade tanto quanto à deflagração do procedimento investigatório quanto, por evidente, ao ajuizamento da ação civil pública”⁵⁶.

Aparentemente, o princípio da obrigatoriedade previsto na LIA seria um reflexo do princípio da obrigatoriedade da ação penal, que, ao seu turno, já vem sendo mitigado por diversos institutos negociais previstos na esfera penal e processual penal⁵⁷:

Já se notam, em nosso sistema, inúmeros traços mitigadores do princípio da obrigatoriedade da ação penal, o que, para muitos, constitui sinais de uma “discricionariedade regrada”. Nesse sentido, as disposições da Lei 9.099, de 1995, e da Lei 10.259, de 2001, que trata da transação e da composição civil, são autênticas manifestações do modelo de justiça penal consensual. Vale dizer: a obrigatoriedade é mitigada pela lei, sendo exercida nos seus limites.

Diante da existência do princípio da obrigatoriedade, alguns autores sustentavam a impossibilidade de convenção em matéria de improbidade administrativa. De qualquer forma, o certo é que com a alteração da redação do § 1º do art. 17, LIA, não há mais previsão expressa proibindo acordos em se tratando de improbidade administrativa, algo que, aliás, há muito já vinha sendo defendido pela doutrina: a possibilidade de negociação em sede de improbidade administrativa. Pelo contrário, hoje há previsão positivada da possibilidade de acordos sobre atos de improbidade administrativa.

Um dos fatores que justificavam o princípio da obrigatoriedade seria a tutela do patrimônio público, no sentido de que os legitimados *ad causam* não poderiam deixar de promover a ação de improbidade administrativa para obter a reparação do dano ao erário em

⁵⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 932.

⁵⁷ DINO, Nicolao. **A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória**. In.: Salgado, Daniel de Resende; Queiroz, Ronaldo Pinheiro de (org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 3 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019. p. 633.

razão de expressa previsão constitucional (art. 23, I⁵⁸), ao dispor que cabe a todos os entes políticos conservar o patrimônio público⁵⁹.

Tal justificativa para a existência do princípio da obrigatoriedade acaba sendo facilmente afastada se se considerar que institutos negociais podem, perante o caso concreto, tutelar de forma mais eficaz o patrimônio público do que uma ação judicial, que pode levar anos e, conseqüentemente, ser ineficaz, contrariando, assim, outros princípios que regem tanto o direito processual civil como o direito sancionador (mais especificamente, a improbidade administrativa)⁶⁰:

O *télus* direta e imediatamente captado na regra insculpida no art. 17, § 1º, da Lei 8.429/92 era reforçar a tutela da probidade administrativa, imprimindo rigor máximo no enfrentamento da corrupção e da improbidade. Essa inflexibilidade, contudo, se observada mais de perto, não se coaduna com a própria finalidade da norma, tampouco com os atuais vetores do sistema de repressão do Estado. (...).

Embora tenha sido expurgado do ordenamento jurídico pelo Pacote Anticrime, o princípio da obrigatoriedade da ação (e investigação) pela prática de atos que importem em improbidade administrativa já não era observado no cotidiano forense brasileiro.

3.4.1. A Questão do Princípio da Supremacia do Interesse Público e da Indisponibilidade do Interesse Público diante da Possibilidade de Acordos pela Prática de Atos de Improbidade Administrativa

A doutrina administrativista aponta como um dos corolários do Direito Administrativo o princípio da supremacia do interesse público, segundo o qual “as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade”⁶¹.

Conforme MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, o princípio da indisponibilidade do interesse público está ligado ao princípio da supremacia do interesse público⁶². O conteúdo do princípio da indisponibilidade do interesse público consiste no fato de que o agente público não pode deixar de atuar quando necessário⁶³, bem como não é permitido aos responsáveis pela guarda dos bens e coisas públicas qualquer ato de

⁵⁸ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; (...).

⁵⁹ GARCIA; ALVES, op. cit., p. 933.

⁶⁰ DINO, op. cit., p. 632.

⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 35.

⁶² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 93.

⁶³ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 65.

disponibilidade com relação a estes⁶⁴.

Impossível ignorar o conflito existente entre os atuais princípios regentes do Direito Processual Civil e, mais especificamente, dos negócios jurídicos processuais atípicos, e os princípios atinentes ao Direito Administrativo. De um lado, o NCPC permite uma amplitude maior para os litigantes versarem sobre o processo; de outro lado, o Direito Administrativo ainda é reticente quanto a possibilidade de flexibilização do processo quando se trata de legitimados extraordinários que atuam em juízo defendendo direitos alheios.

Aparentemente, a melhor solução para o conflito existente está no princípio da proporcionalidade. A flexibilização procedimental não pode ser tamanha que chegue ao ponto de subverter o conteúdo do princípio da indisponibilidade do interesse público, deixando a tutela da *res* pública desguarnecida. Porém, ao mesmo tempo, a negociação sobre o processo pode representar uma forma melhor de tutela do interesse público. Ao versar sobre o procedimento, os legitimados ativos para a proposta de ANPC não estarão necessariamente atuando contrariamente ao interesse público; pelo contrário, um procedimento próprio para um determinado caso concreto mostra-se mais favorável a efetiva tutela do interesse público do que o procedimento abstrato, geral e rígido previsto na legislação.

Além do mais, ao versarem sobre os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, a doutrina administrativista costuma tratar da questão do direito material, e não do direito processual⁶⁵. De fato, o procedimento estabelecido entre os litigantes, uma vez que seja compatível e respeite a supremacia e indisponibilidade do interesse público, representará uma forma ainda mais adequada de tutela da coisa pública. Ilustrando, eventual acordo firmado entre o agente ímprobo e o legitimado extraordinário ativo prevendo uma cláusula de não processar não se traduz em impunidade pela prática de ilícito administrativo, já que a aplicação de sanções e a previsão de cumprimento de determinadas obrigações não precisa necessariamente passar pela jurisdição estatal. Até por isso, a definição do direito material e do grau de interesse público envolvido na lide acaba influenciando em qual o melhor procedimento a ser aplicado⁶⁶:

A marca da indisponibilidade dos direitos gera relevantes efeitos materiais, com consequentes afetações no campo do direito processual. Somente a partir da definição da natureza jurídica dos direitos torna-se possível determinar-se os possíveis fóruns resolutivos de conflitos (judicial ou extrajudicial), bem como o cabimento e os limites mais ou menos abrangente de eventuais soluções consensuais (dentre as quais, a transação).
(...)

⁶⁴ PIETRO, op. cit., p. 93.

⁶⁵ PIETRO, op. cit., p. 92-94; CARVALHO FILHO, op. cit., p. 38.

⁶⁶ VENTURI, Elton. **Transação de direitos indisponíveis?** Revista de Processo, vol. 251/2016.

Por tal razão, a tarja do interesse público tem direcionado toda e qualquer disputa envolvendo os direitos indisponíveis à necessária adjudicação pelo Poder Judiciário quando, ainda assim, generalizam-se orientações doutrinárias e jurisprudenciais no sentido da inviabilidade de que, mesmo no âmbito de processos judiciais, pudessem os direitos indisponíveis ser objeto de soluções consensuais - sobretudo quando envolvessem negociações que tipificassem autênticas transações.

De fato, para além da histórica aversão do sistema de Justiça brasileiro à utilização de mecanismos extrajudiciais para a resolução consensual de conflitos envolvendo direitos considerados indisponíveis, sequer se tem admitido acordos judiciais que tenham como objeto conflitos relacionados a tais interesses ou direitos, considerados tão especiais que sequer a própria vontade dos seus titulares (indivíduos, grupos sociais ou toda a sociedade) seria suficiente ou mesmo relevante para substituir ou influir na vontade do Estado (representado pelo magistrado), considerado o único e melhor garantidor dos mesmos.

4. TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS - NOMENCLATURA E CONCEITO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Dentro da teoria dos fatos jurídicos, considerando os fatos jurídicos em sentido *lato*, tem-se os fatos jurídicos em sentido estrito, que são aqueles fatos involuntários, da natureza, ou seja, que não são praticados pelo homem, e os atos jurídicos em sentido amplo, que são atos humanos voluntários⁶⁷.

Já os atos jurídicos em sentido amplo se dividem em atos jurídicos em sentido estrito e em negócios jurídicos. Aqueles são caracterizados por terem seus efeitos previstos em lei, ainda que não pretendidos pelo agente. Em outras palavras, os efeitos decorrem mesmo diante da ausência de voluntariedade. Já os negócios jurídicos⁶⁸:

São a maior expressão da autonomia da vontade, para os quais o sistema jurídico confere o grau máximo de liberdade de conformação ao agente, que pode escolher não só o tipo de ato a ser praticado (seu enquadramento legal), mas também seu conteúdo eficaz.

Conquanto seja possível a aplicação da teoria dos fatos jurídicos em geral para o direito processual, é necessário observar certas particularidades da ciência processual que fazem com que seja preciso revisitar a teoria geral, adaptando-a às peculiaridades do processo.

Assim sendo, no direito processual, os fatos jurídicos processuais em sentido amplo apresentam duas espécies⁶⁹: fatos jurídicos processuais em sentido estrito, “cujos suportes fáticos prescindem de qualquer ato humano”⁷⁰; e atos jurídicos processuais em sentido amplo.

⁶⁷ Referida classificação não desnatura aquela em que divide os atos jurídicos em atos lícitos e ilícitos.

⁶⁸ CABRAL, op. cit., p. 56.

⁶⁹ Ibidem, p. 57.

⁷⁰ CABRAL, loc. cit.

Estes, ao seu turno, se subdividem em atos jurídicos processuais *stricto sensu*, onde “a vontade é um elemento importante para a estrutura do ato, mas sem determinar o conteúdo eficaz”⁷¹; e em negócios jurídicos processuais.

Não obstante controvérsia doutrinária acerca da classificação dos atos jurídicos processuais em sentido amplo em fatos jurídicos processuais em sentido estrito e em negócios jurídicos processuais, tendo em vista que seria o momento da sua celebração ou sua natureza pública que os definiriam como sendo um ou outro, atualmente predomina a concepção de que para um ato jurídico processual em sentido amplo seja classificado como fato jurídico processual *stricto sensu* ou em negócio jurídico processual, deve-se olhar os efeitos processuais produzidos pelo ato praticado⁷². Assim, pode-se conceituar negócio jurídico processual como “o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento”⁷³. A voluntariedade é essencial para a caracterização de um ato como sendo um negócio jurídico processual, pois são as partes que irão definir os efeitos a serem produzidos⁷⁴, de forma que, sem a voluntariedade do agente para estabelecer as consequências do ato, não há que se falar em negócio jurídico.

4.1. Convenções Processuais como Espécie de Negócios Jurídicos Processuais

Visto que os negócios jurídicos processuais são fatos jurídicos voluntários, mais precisamente uma espécie de ato jurídico processual em sentido amplo, importa frisar que os negócios jurídicos processuais podem se manifestar de diversas maneiras.

Assim, os negócios jurídicos processuais podem ser unilaterais ou bilaterais⁷⁵:

O negócio processual unilateral é expressão da vontade de um único sujeito (ou polo de sujeitos), que unilateralmente dispõe de alguma posição jurídica processual de que era titular. O negócio processual bilateral é fruto do ajuste de vontade de dois ou mais sujeitos (ou polos de sujeitos), que coordenadamente dispõem sobre suas respectivas posições processuais.

Conforme afirma TALAMINI, são os negócios jurídicos processuais bilaterais, também chamados de convenções processuais, que acabaram ganhando mais relevância na

⁷¹ CABRAL, loc. cit.

⁷² Ibidem, p. 60-62.

⁷³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 21 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019. p. 443.

⁷⁴ TALAMINI, Eduardo, op. cit.

⁷⁵ Ibidem.

prática processual⁷⁶.

Em sentido semelhante, ANTÔNIO DO PASSO CABRAL afirma que “acordo” é sinônimo de convenção, sendo que⁷⁷:

Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento.

5. CLÁUSULA NEGOCIAL GERAL - ART. 190, NCPC

Uma das grandes novidades do NCPC foi a previsão, em seu art. 190, de uma cláusula geral negocial. Trata-se, na verdade, da positivação de algo que já vinha sendo admitido tanto pela doutrina como pela jurisprudência nacional:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Diante da novidade a qual representa o dispositivo, inúmeras questões surgiram. Para fins do presente trabalho, algumas delas merecem um destaque maior.

5.1. Direitos que Admitam Autocomposição

O *caput* do art. 190, NCPC, veicula a expressão “direito que admitam autocomposição”, que não se confunde com “direito material disponível”⁷⁸:

Nem sempre a autocomposição é atingida por meio de um ato de renúncia a pretensões e direitos (o que pressupõe disponibilidade do direito material). Por vezes, a autocomposição é reflexo da constatação, pelo sujeito envolvido no litígio, de que ele não tem razão, total ou parcialmente, naquilo em que vinha pretendendo. Toda vez que alguém constata que sua posição é insubsistente no conflito, em princípio, é possível (e desejável pelo ordenamento) que chegue a uma composição com o adversário. Apenas muito excepcionalmente o ordenamento veda que alguém que constata não ter razão componha-se com a parte contrária. Nesses casos excepcionais, há indisponibilidade não do direito material, mas da pretensão de tutela judicial: é obrigatório submeter a causa ao Judiciário (exemplos: defesa em face da acusação penal, falência, suspensão de direitos por improbidade administrativa...) (...).

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ CABRAL, op. cit., p. 85.

⁷⁸ Ibidem.

Em suma, autocomposição abrange *qualquer modalidade de solução extrajudicial do litígio*.

Assim, causas objeto de ações coletivas, em muitos casos, comportam autocomposição (mediante termo de ajuste de conduta). Causas que envolvem a Administração Pública também a admitem (mediante regular processo administrativo), inclusive as fiscais (processo administrativo fiscal). Em todos esses exemplos, cumpre-se o requisito geral objetivo para a celebração de negócios jurídicos processuais.

Na realidade, o legislador foi feliz ao adotar a terminologia “direitos que admitam autocomposição”, considerando que é admissível autocomposição mesmo quando o processo tratar de direito indisponível, já que “naturalmente, nesse caso a autocomposição não tem como objeto o direito material, mas sim as formas de exercício desse direito, tais como os modos e momentos de cumprimento da obrigação”⁷⁹. Isso porque trata-se de um conceito mais amplo do que “direito disponíveis”, permitindo, assim, a efetivação dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que fomentam a maior participação dos envolvidos quanto ao procedimento⁸⁰:

O CPC se encarrega de limitar o campo da convenção entre as partes às controvérsias sobre direitos que comportem autocomposição - isto é, transação, renúncia ou submissão. Ao assim fazer, o Código seguiu na linha do que já fizera a Lei 10444/2002 ao alterar a redação do art. 331 do CPC 1973, numa presumida tentativa de distinguir os conceitos de indisponibilidade, de um lado, e de possibilidade de transação, de outro. Vale dizer: mesmo no âmbito de direitos indisponíveis haveria eventual margem para autocomposição.

Inclusive “convenção processual pode reforçar a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade”⁸¹. Ilustrando o tema, ANTÔNIO DO PASSO CABRAL cita a situação de uma demanda que envolve um incapaz⁸². No caso, o Ministério Público e o legitimado extraordinário celebram uma convenção processual onde fixam como foro competente alguma comarca/subseção onde reside o incapaz. Nesse caso, o acordo processual, mesmo em uma demanda que envolva um direito material indisponível (por se tratar de incapaz), auxilia na maior proteção do direito material. Assim, é possível afirmar que direito que admite autocomposição não se confunde com direito indisponível. É nesse sentido, inclusive, o Enunciado nº 135, do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC):

⁷⁹ NEVES, , op. cit., p. 399.

⁸⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. **Convenção das partes em matéria processual**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. Coleção Grande Temas do Novo CPC, v. 1. 4 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019. p. 86.

⁸¹ CABRAL, Antônio do Passo. **A resolução nº 118 do conselho nacional do ministério público e as convenções processuais**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. Coleção Grande Temas do Novo CPC, v. 1. 4 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019. p. 731.

⁸² Ibidem.

Enunciado nº 135/FPPC - (art. 190) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.

Essa distinção (entre direitos que admitem autocomposição e direitos indisponíveis) torna-se ainda mais relevante no âmbito da tutela coletiva, onde as ações pela prática de atos de improbidade administrativa estão inseridas nesse microsistema, pois os direitos difusos e coletivos, por mais que sejam indisponíveis, não impedem a celebração de convenções processuais nas ações coletivas:

Enunciado nº 255/FPPC - (art. 190) É Admissível a celebração de convenção processual coletiva”.

5.2. Manifesta Situação de Vulnerabilidade

Outro termo contido no art. 190, mas agora em seu parágrafo único, que acabou por originar maiores debates doutrinários e jurisprudenciais é a expressão “manifesta situação de vulnerabilidade”. O que se entende por manifesta situação de vulnerabilidade? A quem cabe alegar? Dentro dos negócios jurídicos processuais e, principalmente, das convenções processuais, poderia o juiz controlar a validade do acordo processual perante uma suposta manifesta situação de vulnerabilidade?

O próprio dispositivo legal responde a esta última indagação, ao colocar que “de ofício ao a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhe aplicação somente nos casos... em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”. A questão, então, não está em saber se o juiz pode ou não interferir nesses casos, até porque, como analisado acima, o atual cenário do processo civil brasileiro trabalha dentro da lógica cooperativa triangular, envolvendo partes e Estado-juiz, buscando “uma condução cooperativa do processo, sem destaque para qualquer dos sujeitos processuais”⁸³. Logo, a dúvida está em determinar o que se entende por “manifesta situação de vulnerabilidade”.

Em primeiro lugar, conforme afirma LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, “a vulnerabilidade não é o fundamento das regras de proteção do mais fraco”; seu fundamento é, na realidade, a igualdade, considerando que “a vulnerabilidade consiste, na verdade, num método ou numa técnica adequada para a aplicação das regras de proteção do mais fraco, que

⁸³ CABRAL; CRAMER, op. cit., p. 18.

objetivam proteger e reequilibrar as situações, com fundamento na igualdade⁸⁴.

Ilustrando, o consumidor, via de regra, é tido como vulnerável em uma relação jurídica, assim como o trabalhador, estes nas demandas trabalhistas. Contudo, quando se trata de acordo processuais atípicos, a vulnerabilidade deve ser comprovada concretamente⁸⁵, pois nada impede que consumidor e trabalhador, por exemplo, celebrem convenções processuais e que não ostentam uma qualidade de manifesta situação de vulnerabilidade analisada abstratamente.

A jurisprudência ainda é reticente em aceitar a capacidade de consumidores e trabalhadores em negociarem posições jurídicas. Não obstante, isso não impede que normas gerais processuais previstas em lei cedam diante do princípio do autorregramento da vontade no processo, fazendo com que a casuística prepondere sobre a norma geral e abstrata. Pense-se, por exemplo, no caso de um diretor ou presidente de uma filial brasileira de uma multinacional. Supondo que esse sujeito seja demitido e que ele decida procurar a Justiça trabalhista a fim de ter seus direitos assegurados. Ora, presumir que um determinado indivíduo que estava na posição mais elevada hierarquicamente de uma empresa multinacional não possui capacidade para negociar sobre o processo é, fundamentalmente, compará-lo a um incapaz. A lógica também é aplicável aos contratos de consumo⁸⁶:

Outra questão a ser perquirida casuisticamente é a situação pessoal de cada consumidor. Um renomado jurista, quiçá um processualista, que tem total ciência do conteúdo das convenções firmadas, não pode ser tido como um vulnerável só por ser consumidor.

(...)

Nos casos em que o consumidor, trabalhador ou aderente sejam pessoas instruídas, com curso universitário (quiçá até formados em Direito), em que as cláusulas sejam claras e precisas a respeito das obrigações e dos efeitos da convenção, seria razoável considerá-las inválidas?

Interessante notar que o simples fato de uma das partes ceder mais do que a outra em termos de acordos processuais não pode levar à conclusão de assimetria e vulnerabilidade na negociação processual. Conforme bem salienta ANTÔNIO DO PASSO CABRAL, a relação jurídica processual não é um “espelho”⁸⁷:

Não se pode imaginar que todos os poderes processuais sejam simétricos, e que qualquer posição jurídica que não representasse um “espelho” das alternativas da contraparte fosse considerada inválida. O poder de barganha e negociação de cada indivíduo é resultante de variáveis diversas, como conhecimento, informação,

⁸⁴ CABRAL; CRAMER, op. cit., p. 321.

⁸⁵ O controle da vulnerabilidade tem sido feito casuisticamente pelas Cortes nacionais. CABRAL, 2020, op. cit., p. 395.

⁸⁶ Ibidem, p. 398-401.

⁸⁷ Ibidem, p. 395-396.

necessidade e urgência de fechar o acordo (pressões internas e externas), habilidades negociais, experiência, dentre outras. E é claro que essas variáveis nem sempre levarão a uma desigualdade apta a invalidar a avença. Além disso, a igualdade deve ser analisada em relação a alguém: ninguém é igual ou desigual em si mesmo, mas cotejado com outro referencial; a isonomia é um conceito relacional, exigindo uma comparação casuística.

Assim, a melhor forma de se analisar a situação de vulnerabilidade é considerar as particulares dos envolvidos na relação processual, bem como se o resultado da negociação era aquele pretendido pelas partes, ainda que uma tenha cedido mais do que a outra. Essa visão dos negócios processuais é conhecida na doutrina norte-americana como *outcome-based approach*⁸⁸.

5.3. Momento da Celebração - Antes ou Durante o Processo

Segundo a literalidade do *caput* do art. 190, NCPC, as partes litigantes poderão celebrar acordos processuais antes ou durante a marcha processual. Essa previsão apenas reafirma os princípios regentes dos negócios jurídicos processuais, devendo o magistrado, sempre que possível e o direito admitir, incentivar a autocomposição⁸⁹.

Além do mais, nada impede que negócios jurídicos processuais sejam celebrados fora do campo processual, desde que venham a produzir efeitos processuais⁹⁰, como é o caso do ANPC, já que a celebração de referido acordo poderá importar, como um de seus efeitos, em uma cláusula/pacto de não processar. Nesse caso, tem-se um negócio jurídico que geralmente se dá antes do início do processo e que, não obstante, produz efeitos processuais, qual seja o de impedir que se tenha um processo perante a jurisdição estatal.

6. O CENÁRIO ANTES DAS MUDANÇAS DO PACOTE ANTICRIME: O INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO

Apesar da terminologia “acordo de não persecução cível” na LIA representar uma novidade no ordenamento jurídico, antes de sua previsão expressa já era possível retirar do sistema jurídicos outros institutos semelhantes.

A bem da verdade, tanto doutrina como jurisprudência já vinham aceitando acordos entre as partes dentro das ações pela prática de atos que importassem em improbidade

⁸⁸ Ibidem, p. 402-404.

⁸⁹ Ibidem, p. 353-354.

⁹⁰ TALAMINI, op. cit.

administrativa. Ilustrando, a Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), já em seus “considerandos”, coloca que “a negociação, a mediação, a conciliação, as convenções processuais e as práticas restaurativas são instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios, controvérsias e problemas e que a sua apropriada utilização em programas já implementados no Ministério Público têm reduzido a excessiva judicialização e têm levado os envolvidos à satisfação, à pacificação, a não reincidência e ao empoderamento”. Mais adiante, no art. 1º, parágrafo único, tratando das convenções processuais⁹¹, dispõe que:

Art. 1º Fica instituída a POLÍTICA NACIONAL DE INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição.

Parágrafo único. Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.

Mais adiante, a Resolução nº 118/2014/CNMP dedica uma seção inteira (Seção V) no seu Capítulo III (Das Práticas Autocompositivas no Âmbito do Ministério Público), às convenções processuais:

Art. 15. As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais.

Art. 16. Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais.

Art. 17. As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta.

No art. 15, a Resolução expressamente coloca que “as convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes”.

Referida Resolução é apenas um exemplo de incentivo à autocomposição. Outros

⁹¹ Conforme bem destacado por ALEXANDRE AMARAL GAVRONSKI, a Resolução nº 118/2014/CNMP adotou a nomenclatura “convenções processuais”. Isso se deu pela influência de ANTÔNIO DO PASSO CABRAL, que contribuiu diretamente com a redação do dispositivo. Segundo este autor, a convenção processual é “a principal espécie de ‘negócio processual’, caracterizada pela existência de interesses comuns dos envolvidos”. GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Manual do procurador da república: teoria e prática**. 3 ed. Salvador: Ed. Juspodivim, 2017. p. 1.061-1.062.

podem ser citados, como é o caso dos acordos de leniência, praticados no âmbito das pessoas jurídicas, e o termo de ajustamento de conduta, entre outros.

7. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL PELA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Estabelecidas as premissas de que o atual estado da arte do direito processual civil brasileiro estimula o protagonismo das partes envolvidas no litígio, que o processo democrático é aquele que visa a efetiva tutela jurisdicional e que as mudanças recentes na LIA passaram a prever expressamente os acordos de não persecução cível, é possível afirmar categoricamente que a teoria e os princípios atinentes aos negócios jurídicos processuais atípicos são plenamente aplicáveis aos ANPC. Entretanto, é preciso analisar os limites dessas convenções processuais, pois, por mais que os acordos de não persecução cível sejam negócios jurídicos processuais atípicos, eles possuem limites estabelecidos em lei ou, então, retirados da interpretação sistêmica do ordenamento jurídicos.

7.1. Limites para o Acordo de Não Persecução Cível em Ações de Improbidade Administrativa

7.1.1. Legitimidade para a Promoção de Ação pela Prática de Atos que Importem em Improbidade Administrativa

Quanto à legitimidade para a proposta de acordo de não persecução cível, a primeira questão que se impõe é em relação à capacidade ativa para a proposta de ação pela prática de atos de improbidade administrativa. Cabe frisar que, conforme o art. 17, *caput*, da LIA, a ação principal será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada:

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.

A legitimidade *ad causam* do Ministério Público decorre diretamente do texto constitucional, ao positivar que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*, CF) e que

“são funções institucionais do Ministério Público: promover o inquérito civil público e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, *caput*, III, CF). Em âmbito infraconstitucional, tal legitimidade encontra-se fundada na Lei nº 8.625/1993 (art. 25, IV, *b*), na Lei Complementar nº 75/1993 (art. 6º, VII) e na Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública - LACP - arts. 1º, IV, 5º e 8º).

Ao seu turno, a legitimidade da “pessoa jurídica interessada” é menos explícita que a legitimidade do órgão do *Parquet*. A norma que regula a legitimidade ativa de referidos sujeitos pode ser retirada do art. 1º, *caput*, da LIA, ao qual reserva a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, pelas suas respectivas administrações direta, indireta ou fundacional, a legitimidade para a propositura de ação de improbidade administrativa. O que se tem exigido é tão somente a pertinência temática para que essas pessoas possa promover a ação⁹²:

Por evidente, estão as pessoas de direito público legitimadas a agir relativamente a *condutas ímprobas que tenham repercutido efetivamente em seu patrimônio, material ou moralmente considerado*, não guardando qualquer sentido, por exemplo, que a União Federal ajuíze uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa verificando em detrimento do Estado, e vice-versa. É o que a doutrina denomina *pertinência temática*...

As associações, por mais que não estejam previstas expressamente na LIA como legitimadas, também podem propor a demanda. Isso se dá em razão do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, do art. III, 11, da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (Decreto nº 4.410/2002) e do art. 5º, 1 e 13, da Convenção da Nações Unidas Contra a Corrupção (Decreto nº 5.687/2006). Porém, para estarem presentes no polo ativo do litígio, alguns requisitos legais devem ser preenchidos, como, por exemplo, que tenham entre suas finalidades institucionais a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 5º, V, *b*, Lei nº 7.347/85)⁹³:

A participação efetiva das associações na seara da improbidade administrativa atende não só ao ideário de democracia participativa inaugurado pela atual Carta Política como também a conveniências de ordem prática, sendo necessário considerar que a pequena participação dos entes federados na repressão à improbidade vem acarretando um preocupante asoeramento do Ministério Público, instituição que, não obstante o notório comprometimento público de seus integrantes, encontra hoje sérias dificuldades para responder, a contento, aos legítimos reclamos da sociedade.

⁹² GARCIA; ALVES. op. cit., p. 944.

⁹³ *Ibidem*, p. 955.

Seja o Ministério Público, a pessoa jurídica interessada ou alguma associação que seja o responsável pela propositura da ação pela prática de atos de improbidade administrativa, o certo é que todos atuam em legitimação extraordinária, ou seja, agem como substitutos processuais na defesa de interesses alheios. Contudo, quando a ação por atos de improbidade administrativa é proposta por algum outro legitimado que não seja o Ministério Público, qual seria a postura do órgão do *Parquet*? Isso porque não há que se falar em litisconsórcio ativo necessário entre o *Parquet* e algum outro legitimado para a propositura de ação de improbidade administrativa. Trata-se, na realidade, de litisconsórcio facultativo, caso o órgão acusatorial entenda que, para a melhor defesa dos interesses públicos, deva atuar no polo ativo da demanda⁹⁴.

7.1.1.1. O Ministério Público como Custos Legis e a sua Função Ombudsman

Quando não for autor da ação civil pública pela prática de atos de improbidade administrativa, o Ministério Público necessariamente atuará como *custos legis*, ou seja, como fiscal da ordem jurídica, por força do art. 17, § 4º, da LIA, e do art. 5º, § 1º, da LACP. Essa permissibilidade decorre da chamada função *Ombudsman* do Ministério Público, também chamada de função de defensor do povo ou defensor dos direitos constitucionais. Tal encargo decorre do art. 129, II, da CF/1988:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

Essa função de *ombudsman*⁹⁵:

É, assim, um controle da Administração Pública voltado à defesa dos direitos constitucionais dos cidadãos, destinada tanto a assegurar a efetividade destes direitos em face do Poder Público e dos serviços de relevância pública quanto a combater os abusos praticados pela Administração contra tais direitos.

A opção do constituinte foi a de incumbir o Ministério Público da função de

⁹⁴ Importante frisar que há duas formas principais no qual algum outro colegitimado ingressa no polo ativo da demanda: seja aditando o pedido da inicial, e, nesse caso, poderia ser em razão de alguma omissão objetiva (fatos que são caracterizados como atos de improbidade administrativa mas que não foram descritos na inicial proposta pelo autor da demanda) ou por alguma omissão subjetiva (o autor da ação deixou de incluir algum agente causador do ato de improbidade), sendo que, nesta hipótese, tem-se a formação de litisconsórcio ulterior; se não houver alteração do pedido, não será caso de litisconsórcio, mas, sim, de assistência litisconsorcial. GARCIA; ALVES, op. cit., p. 960 e 968-969.

⁹⁵ GAVRONSKI; MENDONÇA, op. cit., p. 820.

defensor do povo, deixando de lado outras instituições que eventualmente poderiam desempenhar esse papel⁹⁶. Entretanto, o poder constituinte, ao permitir que Defensoria Pública e associações, por exemplo, possam promover a ação pela prática de atos de improbidade administrativa, optou por um leque maior de possibilidade de tutela do patrimônio público, o que não descaracteriza o Ministério Público como o responsável pelo *custos societatis*⁹⁷:

Todas essas instituições inspiradas no modelo de *Ombudsman*, a despeito de algumas limitações quanto ao âmbito de suas atribuições, encontram-se relativamente afastadas da grande instância de discussão e de efetiva proteção dos direitos fundamentais que é o Poder Judiciário. O Ministério Público, ao contrário, sempre esteve próximo ao Poder Judiciário, como função essencial à Justiça, Essa proximidade que, por um lado, potencializa as atribuições do Ministério Público diante da demanda por justiça, por outro, não deve afastar as demais instituições de garantia da tutela transindividual dos direitos fundamentais. Todas as referidas instituições devem, sim, ser opções de legitimação concorrente para a tutela dos direitos transindividuais. Considerada, todavia, a posição de *custos societatis* do Ministério Público, sempre se deve permitir a este a intervenção nas ações coletivas ajuizadas por outros legitimados, ou, ainda, atuar como coadjuvante nas hipóteses de inadequação da representação ou de abandono da causa por parte do legitimado extraordinário.

Conclusivamente, não somente o Ministério Público, mas também os demais cidadãos individualmente, as associações e instituições de garantia como o *Ombudsman* e outras neste inspiradas devem ser erigidos em possíveis legitimados para a tutela transindividual dos direitos fundamentais. Cuida-se de medida de democratização d acesso à justiça que repercute na efetividade dos referidos direitos.

Diante dessa escolha constitucional, posições diferentes como a desenvolvida principalmente por AFONSO ARINOS, que sugeriu, na época, a criação de um defensor do povo⁹⁸, não foram acatadas. Até por isso, o fato de existirem outros colegitimados para a promoção de ação de improbidade administrativa não significa que eles desempenhem a função de *ombudsman*; a ampliação dos legitimados para a AIA se apresenta muito mais como uma forma de resguardar o patrimônio público, evitando assim que atos lesivos ao erário ou que violem os princípios da Administração Pública passem despercebidos.

7.1.1.2. Ministério Público como Custos Legis e Ombudsman nos Acordos de Não Persecução Cível Ofertados pelos demais Legitimados para a Promoção de Ação de Improbidade Administrativa

Seja como fiscal da ordem jurídica ou como *ombudsman*, o certo é que o Ministério Público tem função essencial na proteção de direitos e garantias constitucionais e

⁹⁶ Ibidem, , p. 818-820.

⁹⁷ SOUZA, Alexandre Araujo de. **O ministério público como instituição de garantia: as funções essenciais do parquet nas modernas democracias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 128.

⁹⁸ GARCIA; ALVES, op. cit., p. 198.

infraconstitucionais. Logo, quando se trata de acordos de não persecução cível em sede de improbidade administrativa, caso venha o acordo a ser promovido por outro legitimado para a promoção da ação civil pública por atos de improbidade, o Ministério Público tem o dever de atuar nas negociações, sob pena de nulidade:

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.

(...)

§ 4º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

Perante as funções constitucionalmente previstas ao órgão do *Parquet*, bem como considerando a normatividade infraconstitucional, eventual não participação do Ministério Público nas tratativas de acordos de não persecução cível levarão a nulidade do acordo firmado, em razão da violação de normas cogentes.

7.1.1.3. Veto Presidencial em Relação à Inclusão do Art. 17-A, caput, na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992)

Antes dos vetos presidenciais, o art. 17-A, *caput*, da LIA, que seria incluído pelo Pacote Anticrime, previa que “o Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível...”. Em um primeiro momento, o dispositivo estaria excluindo os demais legitimados para a proposta de ação de improbidade administrativa (pessoa jurídica interessa, associações etc.) da possibilidade de celebração de acordos de não persecução cível. Até por conta disso, ou seja, da lei estar excluindo essa possibilidade dos demais colegitimados, houve o veto presidencial quanto ao dispositivo. Conforme as razões de veto:

Razões de veto (inclusão do do *caput* e §§ 1º, 3º, 4º e 5º no art. 17-A, LIA)

“A propositura legislativa, ao determinar que caberá ao Ministério Público a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, contraria o interesse público e gera insegurança jurídica ao ser incongruente com o art. 17 da própria Lei de Improbidade Administrativa, que se mantém inalterado, o qual dispõe que a ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa pode ser proposta pelo Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada leia-se, aqui, pessoa jurídica de direito público vítima do ato de improbidade. Assim, excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível representa retrocesso da matéria, haja vista se tratar de real interessado na finalização da demanda, além de não se apresentar harmônico com o sistema jurídico vigente”.

Não obstante o veto, que, de fato, tem sua razão de ser, considerando que o novo

dispositivo legal a ser inserido da LIA reduziria para apenas um legitimado para a propositura de acordo de não persecução cível, o que vai contra o sistema jurídico como um todo, o veto integral do dispositivo não aparente ter sido a solução mais adequada. Ao invés disso, bastaria alteração na redação da norma, de forma que passasse a prever a possibilidade de que outros interessados pudessem ofertar o acordo de não persecução cível⁹⁹.

Diante desse cenário, cabe questionar quem teria a legitimidade para negociar um acordo de não persecução cível em sede de improbidade administrativa. Ora, obviamente que o Ministério Público, dentro de suas funções constitucionais (como visto acima), tem essa permissibilidade negocial.

Além do mais, perante o veto presidencial, parece adequado afirmar que os demais legitimados para a propositura de ação de improbidade administrativa também possam ofertar acordos de não persecução cível. Nesse caso, o *Parquet* deverá atuar como *custos legis*, sob pena de nulidade do acordo, por conta do art. 17, § 4º, LIA.

Ocorre que tamanha permissibilidade para a celebração de acordos em sede de improbidade administrativa acaba por desvelar o problema da representatividade adequada nas ações coletivas¹⁰⁰:

Todavia, parece ser irracional acreditar que o simples fato de haver previsão em lei de certa legitimação seja suficiente para ensejar a adequada proteção dos interesses metaindividuais e individuais de massa objeto da demanda. Por outras palavras, a mera previsão em abstrato, na lei, da autorização para que certos entes possam tutelar direitos individuais de massa ou metaindividuais é muito pouco para assegurar uma proteção *adequada* desses interesses. Nessa singela previsão abstrata não há, de fato, nenhuma garantia de que o legitimado possua qualquer compromisso com o direito a ser protegido ou mesmo conhecimento técnico suficiente para a correta defesa desse interesse. Não se pretende dizer que os legitimados para a tutela coletiva sejam incompetentes ou descompromissados; porém, é certo que, no extenso rol previsto na legislação brasileira, haverá aqueles que têm maior afinidade com certas áreas ou com certos temas do que outros. Poderá haver, ainda, sobretudo nas estruturas públicas legitimadas para a tutela coletiva, agentes que simplesmente não têm familiaridade nenhuma com certos temas, mas que, mesmo assim, poderão ser obrigados a tratar dessas questões por “dever do ofício”. Isso tudo, sem dúvida, pode ser muito grave para o interesse protegido ou para o grupo “representado”.

Desse modo, conquanto a razão do veto presidencial ao dispositivo a ser incluído na LIA tivesse como ideia não limitar apenas ao Ministério Público a efetiva tutela do interesse público, referido veto resultou em outro problema, qual seja, o extensivo rol de legitimados para a celebração de ANPC.

Uma solução para esse imbróglio seria a análise casuística da credibilidade do

⁹⁹ TAVARES, op. cit., p. 105.

¹⁰⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 196.

legitimado ativo, além de outros elementos que apontem para a capacidade do sujeito de exercer adequadamente a tutela de interesses públicos¹⁰¹:

Nesse sentido, o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América pode oferecer algum parâmetro eficiente. Segundo ele prevê, em seu art. 2º, § 2º, “na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como: a - a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b - seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membro do grupo, categoria ou classe; c - sua conduta em outros processo coletivos; d - a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e - o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Ademais, seu § 3º complementa esse comando, afirmando que o controle da representatividade adequada deve ocorrer “a qualquer tempo e em qualquer procedimento”, cabendo sempre a alteração do legitimado coletivo, assim que verificada a falta do requisito.

De qualquer forma, considerando a cláusula geral negocial prevista no NCPC, por mais que seja extenso o rol de legitimados à propositura de acordo de não persecução cível, caberá ao Poder Judiciário, diante do caso concreto, o controle de legitimidade para o oferecimento do acordo, tendo como baliza a representatividade adequada.

7.1.2. Possibilidade de Convenções Processuais no Curso da Ação de Improbidade Administrativa - Crítica ao Veto Presidencial em Relação a Inclusão do Art. 17-A, § 2º, na Lei de Improbidade Administrativa

Como visto, os negócios jurídicos processuais atípicos, por força do *caput* do art. 190, NCPC, bem como em razão de interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, norteado por princípios que buscam dar maior autonomia às partes litigantes para versarem sobre o “processo delas”, a celebração de convenções processuais poderia se dar tanto antes da instauração do processo como também no curso da ação judicial. Inclusive, essa possibilidade negocial antes ou durante o processo é uma das características dos negócios jurídicos processuais atípicos¹⁰².

Diante desse quadro, o Pacote Anticrime, em seu art. 6º, previa a inclusão do art. 17-A, § 2º, na LIA, que dispunha que “o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade”. Essa previsão legal que seria inserida na LIA estaria conforme o atual estado da arte do processo civil brasileiro, que enaltece o debate e a autonomia das partes para que

¹⁰¹ Ibidem, p. 205.

¹⁰² TALAMINI, op. cit.

fixem o procedimento mais adequado para elas. Entretanto, a nova normatividade foi alvo de veto presidencial, justificada da seguinte maneira:

Razões de veto (inclusão do § 2º no art. 17-A, LIA)

“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.”

Tal veto foi fundamentado em parecer da AGU¹⁰³:

176. Superado este aspecto, outro ponto que merece destaque é o § 2o do art. 17-A, que dispõe acerca da possibilidade de celebração de acordo durante o curso da ação de improbidade administrativa. Na mesma linha, dispõe o § 10 do art. 17 que, havendo possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo de contestação.

177. Ao admitir, contudo, a possibilidade de acordo no curso da ação, a proposta vai 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.

178. De acordo com a doutrina de Richard Posner, a aplicação da análise microeconômica no direito parte de três premissas, dentre as quais a de que as regras jurídicas devem ser avaliadas com base na eficiência. A eficiência aqui deve ser compreendida, na linha do pragmatismo jurídico, como a busca pelos melhores resultados práticos.

179. Com efeito, dentro desta perspectiva, as normas jurídicas funcionam como preços negativos ou positivos que incentivam ou desincentivam a conduta dos agentes atingidos. Em outras palavras, as normas sinalizam cenários futuros de riscos potenciais. Dessa feita, devem ser interpretada da melhor maneira, tendo por espeque a garantia dos melhores resultados.

180. No caso vertente, ao possibilitar que se firme acordo no curso da ação de improbidade, o agente infrator seria incentivado a apostar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro de transação. Assim, só se valeria do acordo, caso sagra-se perdedor na ação judicial. O acordo seria, portanto, enxergado como um preço negativo, ou seja, apenas como alternativa subsidiária frente à ação judicial, que, muitas vezes, pode se revelar morosa e, portanto, benéfica para o infrator. Com isso, acaba-se por desvirtuar a própria lógica da Lei, inviabilizando, inclusive, o alcance de melhores resultados, a comprometer o ressarcimento do eventual dano cometido em detrimento do erário público.

Ora, não há como concordar com os motivos que levaram ao veto. Em primeiro lugar, seria uma suposição de que o acordo de não persecução cível representaria um “preço negativo” caso fosse permitido no curso da ação de improbidade administrativa. Há de se concordar que as ações judiciais são demoradas, o que não interfere na possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível, até porque aquele que tem contra si uma ação judicial quer, assim como a contraparte, resolver a questão de maneira célere. Presumir que o ANPC será sempre um preço negativo é errôneo, bem como vetar a possibilidade de convenções

¹⁰³ Disponível em: <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2019/12/parecer_1.pdf>. Acesso em: 02/11/2020.

no curso da ação de improbidade vai contra as disposições gerais do processo civil brasileiro e do incentivo à autocomposição.

Em segundo lugar, pode ser que a interrupção da ação de improbidade administrativa, seguida da celebração de ANPC, seja no sentido do interesse público. Como a ANPC é negócio jurídico processual atípico, ela pode servir para outros fins além do ressarcimento ao erário, inclusive como meio de obtenção de provas (assim como a colaboração premiada). Ilustrando, o Ministério Público (seja como autor da demanda, como *custos legis* ou como litisconsorte ativo ulterior) pode, dentro de sua função de guardião dos direitos constitucionais, ter o interesse na colaboração do réu autor dos atos ímprobos para fins de obter provas de outros agentes públicos que tenham cometido atos de improbidade e, assim, tutelar mais eficientemente os direitos difusos e coletivo (como o patrimônio público). Ao impossibilitar a celebração de ANPC no curso da demanda, o veto presidencial está, ao invés de auxiliar no combate à corrupção, prejudicando a utilização do ANPC para fins maiores que uma única ação. Em outras palavras, o ANPC celebrado no curso da ação de improbidade seria um “preço positivo”, sendo exatamente o oposto daquilo que arguiu a AGU.

Não obstante, o fato de não haver uma norma expressa proibindo a celebração de acordos no curso da demanda por atos de improbidade, conjugada com o fato de que o ANPC são negócios jurídicos processuais atípicos, tem-se que não há qualquer impossibilidade que sejam firmadas convenções de não persecução cível mesmo no decorrer da ação de improbidade. Nesse sentido, o § 10-A, do art. 17, LIA, incluído também pelo Pacote Anticrime, dispõe o seguinte:

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.

(...)

§ 10-A. 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.

Com isso, mesmo perante o veto presidencial e suas razões, não se vislumbra a impossibilidade de ANPC no curso da ação pela prática de atos de improbidade administrativa, considerando o art. 17, § 10-A, LIA, bem como a natureza jurídica e os princípios que regulam o ANPC.

7.1.3. Obrigatoriedade do Ressarcimento do Dano Causado ao Erário

Mesmo em se tratando de acordo processual atípico, existem certos limites para a convenção das partes. Novamente, o veto presidencial em relação ao art. 17-A, LIA, acabou delegando à doutrina e jurisprudência a tarefa de buscar os limites para os acordos:

Art. 6º A Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

“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:

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.

Alguns desses limites são retirados da própria lei. Respeitada doutrina¹⁰⁴ afirma que são requisitos mínimos para a celebração de ANPC: 1) ressarcimento integral do dano causado ao erário; e 2) reversão, à pessoa jurídica lesada, da propriedade dos bens, direitos e/ou valores que tenham advindo, direta ou indiretamente, do ato ímprobo.

Quanto a outros parâmetros mínimos, há certa divergência. RODOLFO SOARES RIBEIRO LOPES sustenta que¹⁰⁵:

A fim de evitar o déficit quanto aos critérios mínimos para nortear a negociação do acordo de não persecução cível, (...), uma solução possível é a utilização dos requisitos previstos no artigo 17-A, que não foram motivo de objeção nas razões do veto presidencial, que, (...), se ateuve ao aspecto da legitimidade para celebração do ANPC.

Para o autor, além dos dois requisitos acima explicitados, também deveria acompanhar o ANPC a previsão de pagamento de multa de até 20 (vinte) por cento do valor do dano ou da vantagem auferida, tendo em conta a situação econômica do agente¹⁰⁶.

Já LANDOLFO ANDRADE, CLEBER MASSON e ANDERSON ANDRADE afirmam que, além o ressarcimento integral do dano causado e sua reversão à pessoa jurídica lesada, são necessários, ainda, mais dois requisitos mínimos para que se tenha o ANPC: 1) confissão da prática do ato de improbidade administrativa; e 2) aplicação de uma ou algumas das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92¹⁰⁷.

¹⁰⁴ ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber; ANDRADE, Adriano. **Interesses difusos e coletivos**: volume 1. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, passim. LOPES, Rodolfo Soares Ribeiro. **A ampliação dos espaços de consenso no processo a partir da lei nº 13.964/2019: os acordos de não persecução penal e cível**. In.: TAVARES, João Paulo Lordelo G. (Coord.). Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019 na visão de Procuradores da República. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 151-152.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 151.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 152.

¹⁰⁷ ANDRADE; MASSON; ANDRADE, op. cit., passim.

Nesse quesito, há de se concordar que o ressarcimento ao erário é, de fato, algo inegociável dentro do ANPC, considerando que o próprio objeto da AIA é tutelar o patrimônio público. Ora, permitir que o agente ímprobo não fosse compelido a ressarcir ao erário o prejuízo causado significaria o desnaturamento do objeto da AIA. Da mesma forma, a reversão de propriedade, bens e direitos à pessoa jurídica lesada também seria um outro limite, não podendo a pessoa responsável pelas negociações destinar esses recursos ou direitos a outros sujeitos que não aquele que foi direta ou indiretamente lesado pelos atos de improbidade.

Agora, com relação aos demais requisitos, como no caso de pagamento de multa de até 20% (vinte por cento), a confissão da prática do ato e a aplicação de mais alguma outra sanção prevista na LIA, não há como concordar com a posição de renomada doutrina que assim sustenta. Tais exigências podem tornar o acordo inviável ou desinteressante. Limitar as convenções processuais sobre atos de improbidade administrativa representaria o contrário daquilo que se busca, que é a liberdade negocial das partes e a efetiva tutela do patrimônio público. Por isso, à parte do ressarcimento ao erário e da conversão dos bens e direitos recuperados à pessoa lesada, não se vislumbra qualquer outra exigência em termos de sanções para que sejam firmados ANPC.

7.1.4. Convencionalidade - Celebração de mais de um ANPC ao “Reincidente”

No que tange os acordos de não persecução cível, novamente a legislação foi omissa com relação a celebração de mais de um acordo, sendo que sequer os dispositivos vetados versavam sobre tal possibilidade. Portanto, diante da falta de normatividade legislativa específica sobre a questão, deve-se buscar em outros institutos negociais balizas para a possibilidade ou não da celebração de mais de um ANPC ou, se possível, qual seria o “período depurador” para tanto.

Tendo como fundamento outras modalidades negociais atinentes ao que se convencionou chamar de direito sancionador, principalmente no direito penal e no direito processual penal, institutos como a suspensão condicional do processo e a transação penal possuem uma quarentena de 5 anos para que aquele que tenha sido beneficiado por qualquer um desses institutos possa gozar novamente de qualquer um desses negócios jurídicos. Além do mais, não poderia ser beneficiário aquele que tenha sido condenado, por sentença definitiva, pela prática de crime que resulte em pena privativa de liberdade. Nesse sentido, aduz o art. 76, § 2º, I e II, e § 4º, da Lei nº 9.099/95:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

(...)

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

(...)

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

Aplicando o art. 4º, LINDB, no qual coloca que quando a lei for omissa o juiz decidirá com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito, em primeiro lugar, por ser o ANPC um negócio jurídico processual atípico no qual não envolve o magistrado, não há que se falar em “o juiz decidirá”. Além do mais, não há impedimentos para que os negociantes utilizem como parâmetros outros dispositivos legais para que sejam fixadas as cláusulas do acordo.

Ao mesmo tempo, as partes envolvidas na negociação não se encontram em uma posição de limitações legislativas. Ora, a LIA nada fala sobre a possibilidade de celebração de mais de um ANCP, bem como não há nada que indique a obrigatoriedade da observância de parâmetros de outros institutos negociais do direito sancionador. Portanto, nas tratativas, o legitimado ativo poderá deixar expresso no instrumento negocial, em sede de ANPC, que poderá ser celebrado um eventual novo acordo imediatamente após o cumprimento daquele, ou estabelecer uma quarentena para que o agente ímprobo não possa ser beneficiário de um novo ANPC. Neste último caso, o período fixado deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, ou seja, não há margem no ordenamento jurídico para que, por exemplo, o agente ímprobo nunca mais possa celebrar ANPC, ou então estabelecendo um período demasiadamente longo. Caso isso venha acontecer, caberá ao juiz, quando da homologação do acordo, fazer o controle da cláusula, por força do art. 190, *caput*, CPC.

7.1.5. Direito Subjetivo ao Acordo de Não Persecução Cível e da Possibilidade do Acusado de Propor o Acordo

Conforme explanado anteriormente, o Pacote Anticrime, que passou a prever a possibilidade de acordo de não persecução cível em ações de improbidade administrativa, conquanto tenha alterado diversas legislações diferentes, as principais mudanças foram em

relação ao direito penal e direito processual penal, considerando as novas diretrizes incluídas no Código Penal e no Código de Processo Penal, respectivamente.

Seguindo na toada de um direito (e processo) negocial, o Pacote Anticrime inclui no CPP o acordo de não persecução penal (ANPP), previsto no art. 28-A, CPP. Diferentemente do que ocorreu com o ANPC na Lei de Improbidade Administrativa, o ANPP foi detalhadamente especificado no Código de Processo Penal, tendo sido estabelecido requisitos para que possa ser ofertado o acordo, com destaque para a confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal (art. 28-A, *caput*, CPP), o beneficiado pelo acordo não pode ser reincidente e nem pode ser um criminoso habitual (art. 28-A, § 2º, II, CPP) e não pode ter sido beneficiado nos últimos 5 (cinco) anos por ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo (art. 28-A, § 2º, III, CPP).

Aparentemente, a confissão formal e circunstanciada pela prática de atos de improbidade administrativa seria incompatível com eventual acordo de manutenção da função pública exercida, considerando principalmente os princípios que regem a LIA, incluídos aí os princípios gerais da Administração Pública (aqueles previstos no art. 37, CF, além de outros extraídos do ordenamento jurídico). Soma-se a isso o fato de que o art. 20, LIA, expressamente coloca que “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Desse modo, surgem importantes questões que podem restringir o alcance dos acordos processuais em sede de AIA.

As sanções pelos atos de improbidade devem vir declaradas na sentença condenatória. É o que ocorre, por exemplo, com as sanções de suspensão dos direitos políticos¹⁰⁸:

Diversamente da condenação em processo criminal, a suspensão dos direitos políticos não é efeitos imediato da sentença que reconhece a prática do ato de improbidade, sendo imprescindível que esta sanção seja expressamente aplicada. Silente a sentença, não haverá que se falar em suspensão dos direitos políticos.

No mesmo sentido, a aplicação da perda da função pública também deve observar os critérios da proporcionalidade, por força do art. 12, *caput*, LIA, que dispõe que “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”.

Portanto, se eventual sentença pode não decretar a perda do cargo público, mesmo restando devidamente provada a prática de atos de improbidade, a confissão pelo agente público

¹⁰⁸ GARCIA; ALVES, op. cit., p. 706.

da prática de atos de improbidade administrativa em sede de ANPC, seja antecedente à ação de improbidade ou de forma incidental, não acarreta necessariamente a perda da função pública. Logo, o ANPC poderá prever, simultaneamente, a confissão formal da prática dos atos e a manutenção da função pública.

Da mesma forma, vários elementos desses institutos negociados não se aplicam ao ANPC, diante de sua natureza de negócio jurídico processual atípico, como é o caso da reincidência e de ter sido o agente ímprobo beneficiado anteriormente.

A jurisprudência pátria, em recentes decisões, tem afirmado que o ANPP possui natureza jurídica “mista”, ou seja, seria um instituto tanto de direito penal como de direito processual penal. Isso porque, se fosse puramente natureza de direito material e sendo mais benéfico ao acusado, o instituto teria que retroagir, mesmo em havendo sentença penal condenatória transitada em julgado. Ao seu turno, se o ANPP tivesse natureza jurídica de direito processual, por força do art. 2º, CPP¹⁰⁹, seria aplicado somente aos casos futuros. Diante desse cenário, as Cortes Superiores afirmam que o ANPP é, na realidade, um instituto de natureza jurídica mista. Ilustrando, assim decidiu o STJ em recente julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PACOTE ANTICRIME. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA PENAL DE NATURA MISTA. RETROATIVIDADE A FAVOR DO RÉU. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. É reconsiderada a decisão inicial porque o cumprimento integral do **acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF).**

2. Agravo regimental provido, determinando a baixa dos autos ao juízo de origem para que suspenda a ação penal e intime o Ministério Público acerca de eventual interesse na propositura de acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do CPP (introduzido pelo Pacote Anticrime - Lei n. 13.964/2019).

(AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020)

Em outra oportunidade, o Tribunal da Cidadania afirmou que o ANPP, por consistir em um negócio jurídico pré-processual, incide antes mesmo da propositura da ação penal:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. MERA REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS JÁ EXAMINADOS. SÚMULA N. 182/STJ. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. RÉ FLAGRADA COM 2KG DE COCAÍNA NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE SÃO PAULO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

¹⁰⁹ Art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

GRAVIDADE CONCRETA. RECORRENTE SEM RESIDÊNCIA OU VÍNCULO LABORAL NO BRASIL. MÃE DE 2 FILHOS MENORES QUE MORAM COM O PAI NO EXTERIOR (GEÓRGIA). IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. PORTADORA DE DIABETES. COVID-19. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). PENA MÍNIMA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

(...)

8. Por fim, como é de conhecimento, a Lei n. 13.964/2019 (comumente denominada como "Pacote Anticrime") refletiu no trabalho do membro do Ministério Público, em especial ao criar o art. 28-A do Código de Processo Penal, que prevê o instituto do acordo de não persecução penal. Embora não seja propriamente uma novidade, porquanto já prevista como política criminal na Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (alterada pela Resolução n. 183/2018 do CNMP), o acordo de não persecução penal inaugura nova realidade no âmbito da persecução criminal. **Em síntese, consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes**, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos.

(...)

11. Agravo regimental não conhecido.

(AgRg no RHC 128.660/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 24/08/2020)

Além do mais, o STJ também deve a oportunidade de se manifestar sobre a retroatividade ou não do ANPP, afirmando ser descabida a aplicação retroativa desse instituto negocial quando a persecução penal já tenha ocorrido. Contudo, não há jurisprudência no Supremo Tribunal Federal afirmando que as normas de natureza mista devem retroagir. As que retroagem são somente as de natureza penal.

A questão do ANPP encontra-se em repercussão geral no STF¹¹⁰. De toda sorte, a mesma Corte, em outra decisão, concluiu ser incabível o ANPP caso já exista sentença condenatória contra o acusado¹¹¹. Já o STJ foi além, onde a 5ª Turma proferiu decisão unânime no sentido de ser descabida a aplicação do ANPP quando a persecução penal já tenha ocorrido¹¹².

Diante do que vem decidindo o STF, o ANPP, em tese, não poderia ser incidental. Entretanto, em sentido diverso, o STJ, em algumas situações, conquanto a persecução penal não tenha sido concluída, tem decidido pela devolução dos autos ao Ministério Público para que este se pronuncie sobre a possibilidade ou não de oferecimento de ANPP. Essas decisões do STJ têm como fundamento o fato de que outros institutos negociais, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, são direitos subjetivos do acusado. Em outras palavras, preenchidos os requisitos legais, o *Parquet* é obrigado a ofertar a transação penal ou a suspensão

¹¹⁰ HC nº 185.913, Min. Gilmar Mendes, publicado no DJ em 24/09/2020.

¹¹¹ HC nº 191.464, Rel. Ministro Roberto Barroso, em decisão monocrática proferida em 23/09/2020.

¹¹² Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1860.770/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, publicado no DJ em 09/09/2020.

condicional do processo.

Como tanto a transação penal e a suspensão condicional do processo são direitos subjetivos, parcela doutrinária vem afirmando que o ANPP também seria um direito subjetivo do acusado. Logo, em não sendo caso de arquivamento e restando preenchidos todos os demais requisitos legais, o Ministério Público teria a obrigatoriedade de oferecer o ANPP ao investigado/réu.

Assim, poderia haver dúvida com relação à obrigatoriedade de oferecimento de ANPC em AIA. Isso porque, seguindo a mesma lógica do ANPP, o ANPC seria um instrumento negocial atinente ao direito sancionador que, em tese, é mais benéfico ao agente que tenha cometido um ato de improbidade administrativa.

Ocorre que, quando se trata de Direito Penal, há de se observar o princípio da lei mais benéfica ao acusado, princípio este que não se reproduz no Direito Civil, no Direito Administrativo e nem no Direito Processual Civil. A obrigatoriedade do oferecimento de ANPP surge por conta deste princípio, e não pelo fato de ele ser um instrumento negocial. Ora, o ANPC também é instrumento negocial, mas que não é regido pelos mesmos princípios do ANPP, considerando que cada um deles incide em áreas diferentes do Direito, não obstante eles integrem o que se convencionou chamar de direito sancionador¹¹³:

Importante lembrar que as leis processuais são de efeito imediato perante os feitos pendentes, ms não são *retroativas*, pois só os atos processuais posteriores à sua entrada em vigor é que se regularão por seus preceitos (*tempus regit actum*). Em outras palavras, a lei que se aplica em questões processuais é a que vigora no momento da prática do ato formal, e não a do tempo em que o ato material de improbidade se deu.

Por isso, pela sua natureza jurídica de negócio jurídico processual atípico e por não ser regido pelos mesmo princípios do Direito Penal e do Direito Processual Penal, o ANPC não é instrumento obrigatório ao investigado por atos de improbidade administrativa. Caberá ao legitimado ao oferecimento do acordo a decisão de ofertá-lo ou não.

Por outro lado, em razão da falta de regulamentação legislativa sobre o tema, não há, no ordenamento jurídico, qualquer normativa que impeça que o investigado/réu venha a propor, antes de intentada a AIA ou no seu curso, respectivamente, o ANPC.

Por mais que não seja um direito subjetivo, não se nega a possibilidade do investigado de tomar a iniciativa de propor acordos de não persecução cível. Uma coisa é a conveniência e a oportunidade para o acordo; outra é a sua eventual obrigatoriedade. Inclusive, a depender da oferta negocial do investigado/réu, o Ministério Público ou o legitimado ativo

¹¹³ ANDRADE; MASSON; ANDRADE, op. cit., p. 798.

para a AIA pode ter interesse em celebrar o ANPC, principalmente se levar em conta o princípio da prevalência do interesse público.

Logo, o rol de legitimados para propor o acordo seria mais amplo que o rol de legitimados para a propositura de ação, já que o acusado também teria interesse (e legitimidade) para o acordo¹¹⁴:

Interesse é qualquer pretensão em geral, é o desejo de obter determinado valor ou bem da vida, de satisfazer uma necessidade. O interesse de alguém pode encontrar, ou não, respaldo no ordenamento jurídico.

Direito subjetivo, por sua vez, segundo Reale, é “a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”. É, portanto, a posição jurídica que o ordenamento jurídico assegura a uma pessoa, a um grupo de pessoas ou a um ente, em relação a um determinado bem e/ou pessoas.

Justamente por ser um interesse e não um direito (subjetivo), o ANPC não é de oferta obrigatória pelo legitimado ativo da AIA, bem como pode ser ofertado pelo investigado/réu, já que este teria interesse no acordo, interesse esse que não é garantido pelo ordenamento jurídico a ponto de se tornar um direito.

7.2. O Acordo de Não Persecução Civil como Meio de Obtenção de Provas

Com o veto presidencial, diversas possibilidades se abriram. Entre elas, surgiu a eventual utilização do acordo de não persecução civil como meio de obtenção de provas, com a finalidade de obter provas de eventual participação de coautores.

Tal possibilidade do ANPC surge, em primeiro lugar, de sua natureza de negócio jurídico processual atípico, que permite uma maior maleabilidade do conteúdo negocial. Em segundo lugar, como houve veto integral ao art. 17-A, LIA, dispositivo este responsável por traçar algumas balizas para o ANPC, passou-se a ser necessário buscar em outros institutos negociais elementos aptos a sustentar as convenções firmadas entre as partes em sede de ANPC. Nesse sentido, ganha destaque a colaboração premiada.

A colaboração premiada, regulada pela Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), não é algo novo no ordenamento jurídico. Porém, as diversas polêmicas sobre o assunto fizeram com que tanto jurisprudência como doutrina buscassem respostas para as questões que surgiam. Diante desse quadro, a colaboração premiada foi sendo aprimorada e, atualmente, representa um dos principais instrumentos negociais em sede de Direito Penal e Direito Processual Penal.

¹¹⁴ Ibidem, p. 16.

FREDIE DIDIER JR.¹¹⁵ e JOÃO PAULO LORDELO¹¹⁶ defendem a natureza jurídica de negócios jurídicos processual atípico da colaboração premiada. Inclusive, JOÃO LORDELO, em recente artigo publicado em coletânea por ele próprio organizada, defende a aplicação da colaboração premiada como negócio processual atípico nas ações de improbidade administrativa¹¹⁷. Logo, diante desse cenário, vislumbra-se, de um lado, a permissibilidade da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa e, do outro, a possibilidade de celebração de ANPC em AIA, sendo que tanto colaboração premiada como ANPC possuem natureza jurídica de convenção processual atípica, não havendo, portanto, qualquer óbice para que a normatividade da colaboração premiada seja aplicada aos acordos de não persecução cível.

Na realidade, a lei não proíbe a celebração de ANPC com cláusula de colaboração premiada¹¹⁸:

A possibilidade de solução consensual, expressa no § 10-A do art. 17, consiste na regra geral de admissibilidade de acordos em ações de improbidade. Esses acordos podem assumir variadas formas. Uma delas é o acordo de não persecução cível, em que o legitimado ativo (MP ou pessoa jurídica interessada) se compromete a *não ajuizar* a ação de improbidade, desde que cumpridos alguns pressupostos por parte do causador do ilícito. Esses pressupostos podem não ter relação nenhuma com a colaboração premiada, negócio jurídico processual consistente em meio de obtenção de prova, que pressupõe a contribuição do colaborador na elucidação dos fatos delitivos, resultando, por analogia, em uma ou mais utilidades a que se refere o art. 4º da Lei 12.850/2013 (...).
É possível, portanto, celebrar acordo de não persecução cível com ou sem colaboração premiada. (...).

Portanto, nada impede que o legitimado ativo para a propositura da AIA celebre ANPC com o agente público ímprobo prevendo cláusulas de reparação integral do dano e, ainda, a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa, ou de qualquer outra previsão negocial elencadas no art. 4º da Lei nº 13.850/2013, por exemplo.

7.3. Termo de Ajustamento de Conduta como Sustentáculo aos Acordos de Não Persecução Cível

Quando se trata de negócios jurídicos processuais, é inegável a relevância que o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ganhou no cenário do Ministério Público¹¹⁹:

¹¹⁵ DIDIER JR.; op. cit.

¹¹⁶ TAVARES, op. cit.,

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ Ibidem, p. 105-106.

¹¹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann [et al.]. **Comentários à lei de ação civil pública**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 403.

O termo de ajustamento de conduta - TAC é negócio jurídico de direito administrativo classificável como *ato administrativo consensual*, celebrado entre um órgão público e, usualmente, uma ou mais pessoas privadas, por meio do qual esta(s) formalmente se compromete(m) a, de modo geral, praticar (ou não) determinada conduta. Isto é, as partes acordam em que a conduta anterior merece ser encerrada e ajustada por meio daquela tida como boa e valiosa quando da negociação - que pode contemplar, inclusive, obrigações compensatórias.

A previsão do TAC não constava quando da redação original da Lei de Ação Civil Pública. Foi só em 1990, com a inclusão do § 6º ao art. 5º da LACP que o TAC passou a constar expressamente no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, não há normatividade específica ao TAC prevista em lei¹²⁰. No âmbito do Ministério Público Federal (MPF), o TAC é regulamentado pela Resolução nº 87, de 2010, do Conselho Superior do Ministério Público Federal (CSMPF)¹²¹, e também pela Resolução nº 179/2017/MPF. Conforme os arts. 20 e 21, da Resolução nº 87/2010/CSMPF:

Art. 20 - O órgão do Ministério Público poderá tomar, em qualquer fase da investigação ou no curso da ação judicial, compromisso do interessado quanto ao ajustamento de sua conduta às exigências legais, impondo-lhe o cumprimento das obrigações necessárias à reparação do dano ou prevenção do ilícito.

Parágrafo único - Quando o compromisso de ajustamento de conduta for firmado no curso de ação judicial, o mesmo será submetido à homologação judicial.

Art. 21 - O compromisso de ajustamento de conduta deverá conter:

I - nome e qualificação do responsável;

II - descrição das obrigações assumidas;

III - prazo para cumprimento das obrigações;

IV - fundamentos de fato e de direito; V - previsão de multa cominatória no caso de descumprimento.

§ 1º - Deve haver motivação quanto à adequação das obrigações, dos prazos e das condições estipuladas no compromisso.

§ 2º - Em caso de direitos coletivos, sempre que possível, os titulares desses direitos serão ouvidos.

§ 3º - O compromisso de ajustamento de conduta é título executivo, nos termos do artigo 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 e do artigo 585, VIII do Código de Processo Civil.

§ 4º - Salvo previsão em contrário, o início da eficácia do compromisso será a data de sua celebração.

§ 5º - Firmado o compromisso de ajuste, o membro do Ministério Público comunicará a Câmara de Coordenação e Revisão respectiva ou à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e ao representante, quando for o caso.

§ 6º - Caberá ao órgão do Ministério Público fiscalizar a execução do compromisso de ajustamento.

§ 7º - A multa cominatória é exigível a partir do descumprimento do compromisso de ajustamento de conduta, independentemente do cumprimento da obrigação principal.

§ 8º - Cumpridas as disposições do compromisso de ajustamento de conduta, o membro do Ministério Público promoverá o arquivamento do procedimento administrativo ou do inquérito civil respectivo, remetendo-o, na forma do art. 17, § 2º, à Câmara de Coordenação e Revisão respectiva ou à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.

¹²⁰ GAVRONSKI; MENDONÇA, op. cit., p. 1.026.

¹²¹

Ainda em sede de TAC, conforme a Resolução nº 179/2017/MPF, há previsão expressa da exigência da reparação integral do dano e a aplicação de, ao menos, uma das penalidades previstas na LIA, o que representaria alguns limites negociais ao TAC:

Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

(...)

§ 2º É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.

§ 3º A celebração do compromisso de ajustamento de conduta com o Ministério Público não afasta, necessariamente, a eventual responsabilidade administrativa ou penal pelo mesmo fato, nem importa, automaticamente, no reconhecimento de responsabilidade para outros fins que não os estabelecidos expressamente no compromisso.

Tido como negócio jurídico *sui generis*¹²², o TAC serve de parâmetro para outros institutos negociais, inclusive ao ANPC. Assim como a colaboração premiada, bem como outros mecanismos negociais atinentes ao direito sancionador, o TAC é instrumento norteador do ANPC; porém, a diferença entre a natureza jurídica dos institutos faz com que o ANPC tenha uma maior margem negocial.

No que se refere às sanções a serem aplicadas, com exceção do ressarcimento ao erário, tendo em vista que o legitimado extraordinário não poderia abrir mão de direitos que não são seus, não se vislumbra a obrigatoriedade de aplicação de mais uma das sanções previstas na LIA quando da celebração do ANPC, sendo que o TAC, por expressa previsão em Resolução do MPF, exige que, ao lado do ressarcimento ao erário, seja aplicada alguma outra sanção ao agente ímprobo.

Em comum e de acordo com o art. 1º, § 3º, da Resolução nº 179/2017/MPF, “a celebração do compromisso de ajustamento de conduta com o Ministério Público não afasta, necessariamente, a eventual responsabilidade administrativa ou penal pelo mesmo fato, nem importa, automaticamente, no reconhecimento de responsabilidade para outros fins que não os estabelecidos expressamente no compromisso”. No que tange o reconhecimento da responsabilidade, há de se concordar que o ANPC celebrado antes mesmo da propositura de AIA não pode resultar em reconhecimento de responsabilidade para outros fins. Nesse ponto, TAC e ANPC se aproximam. O que faz os institutos divergirem é quanto a eventual

¹²² GAVRONSKI; MENDONÇA, op. cit., p. 1.027.

responsabilidade administrativa ou penal pelo mesmo fato.

Isso porque, em se tratando de ANPC, não há óbice para a convenção de acordo de não processar, tanto em matéria administrativa como penal. Neste último caso, se o Ministério Público for o responsável pela convenção de ANPC, como ele é, também, o titular da ação penal pública, o *Parquet* poderia, nas tratativas de ANPC, convencionar o pacto de não processar na esfera penal caso todos os compromissos assumidos pela parte contrária venham a ser cumpridos, desde que respeitado o princípio do promotor natural e a atribuição do membro do *Parquet* para ofertar tanto o ANPC como para promover a ação penal pública¹²³.

Em recente acordo celebrado por membro do MPF de Goiás, vislumbra-se justamente o uso do TAC como forma de estabelecer balizas ao ANPC¹²⁴. Na ocasião, o ANPC previa a reparação integral do dano causado e a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos. Nos considerandos do acordo, o membro do *parquet* coloca, expressamente, que seguia o disposto na Resolução nº 179/2017/MPF, que prevê o ressarcimento ao erário e mais uma das penas aplicáveis aos casos de improbidade administrativa.

Em razão do princípio institucional da independência funcional, aplicável ao Ministério Público, previsto constitucionalmente, o membro responsável pela celebração do acordo optou por seguir a normatividade da Resolução nº 179/2017/MPF. Por outro lado, há de se entender que o TAC não se confunde com o ANPC, conforme visto anteriormente, de forma que não há obrigatoriedade em seguir o disposto na Resolução nº 179/2017/MPF e, assim, não é necessária a aplicação de mais uma das sanções previstas na LIA quando da convenção de ANPC. Supondo que o membro responsável pelo acordo optasse somente pela aplicação da sanção de restituir ao erário os prejuízos causados (esta sim é uma obrigatoriedade nos casos de ANPC), o acordo seria válido, já que não há obrigatoriedade em seguir a regulamentação do TAC.

Representando o limite para os acordos, o ressarcimento ao erário significa apenas

¹²³ Essa situação fica mais clara quando se nota a diferença estrutural nas Procuradorias da República nos diferentes municípios. Ilustrando, Curitiba/PR conta com 28 (vinte e oito) Procuradores da República, distribuídos em 6 (seis) núcleos distintos (criminal; controle externo da atividade policial; direitos do cidadão; fiscal da lei; tutela coletiva; e eleitoral - disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/atuacao>>; acesso em: 03/11/2020). Aqueles responsáveis pela tutela criminal não podem, diante da ausência de atribuição, celebrarem acordos de não persecução cível com agentes públicos ímprobos, a não ser que detenham tanto a atribuição criminal como a de combate à corrupção. Por outro lado, Procuradorias da República no qual são compostas apenas por um membro, como é o caso, por exemplo, de União da Vitória/PR (disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/municipios/procuradoria-da-republica-no-municipio-de-uniao-da-vitoria>>; acesso em: 03/11/2020), o Procurador da República reúne todas as atribuições em si, podendo, nesse caso, propor tanto o ANPC como a ação penal correspondente, caso o ato de improbidade administrativa praticado pelo agente ímprobo também configure algum tipo penal.

¹²⁴ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/docs/not2444%20-%20acordo.pdf>>. Acesso em: 05/11/2020.

que o dano deve ser reparado, o que não implica a forma como ocorrerá essa reparação¹²⁵:

[o TAC] É técnica consensual, um meio de resolução negociada da questão controversa, instalado em busca da efetividade do direito que se objetiva tutelar - e pode resultar nas mais variadas prestações, de modo a conformar a tutela adequada ao caso concreto. Aqui, quem tem disponibilidade sobre os direitos a ser transacionados é a pessoa privada (Código Civil, art. 841). Por outro lado, o órgão público, como frequentemente se anota, não pode abdicar ou renunciar a direitos que não lhe pertencem (a *substância do direito*), mas está habilitado a transacionar quanto à forma e ao prazo para que o direito seja concretizado ou a lesão reparada (o *exercício do direito*).

No caso do ANPC acima citado, o ressarcimento do prejuízo causado ao erário, que foi de R\$ 82.568,80 (oitenta e dois mil, quinhentos e sessenta e oito reais e oitenta centavos), correspondente ao valor do principal, atualizado pela SELIC, foi parcelado em 48 (quarenta e oito) vezes. Portanto, o exercício do direito deve levar em conta a situação fática concreta, dentro dos parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade.

7.4. Orientação nº 10, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal

Em 09 de novembro de 2020 foi publicada a Orientação nº 10, da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (5ª CCR/MPF)¹²⁶, que é a Câmara dedicada ao combate à corrupção. Referida Orientação trata do acordo de não persecução cível, estabelecendo algumas premissas que servirão de auxílio aos membros do Ministério Público Federal caso venham a celebrar acordo de não persecução cível.

Já no art. 2º, a Orientação elenca os principais princípios que irão reger sua aplicação, com destaque para os princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade. O fato da Orientação não ter previsto outros princípios aplicáveis tanto ao processo civil como mais especificamente aos negócios jurídicos processuais, não significa que eles não deverão ser observados.

Mais adiante, em seu art. 6º, tem-se a aplicação concreta dos princípios norteadores

¹²⁵ MOREIRA [et al.], p. 406.

¹²⁶ Orientação que “objetiva estabelecer parâmetros formais e materiais para celebração de Acordos de Não Persecução Cível (ANPC), no âmbito do sistema de responsabilização geral e autônomo da improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/1992 e Lei nº 12.846/2013, fundadas no artigo 37, parágrafo 4º da CF, no âmbito da atuação do Ministério Público Federal, submetida ao campo de atribuição da Câmara de Combate à Corrupção”. Disponível em: <jetiva estabelecer parâmetros formais e materiais para celebração de Acordos de Não Persecução Cível (ANPC), no âmbito do sistema de responsabilização geral e autônomo da improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/1992 e Lei nº 12.846/2013, fundadas no artigo 37, parágrafo 4º da CF, no âmbito da atuação do Ministério Público Federal, submetida ao campo de atribuição da Câmara de Combate à Corrupção.> Acesso em: 16/11/2020.

do ANPC e, ainda, o dispositivo destaca que se dará prioridade a solução extrajudicial dos conflitos:

Art. 6º Na celebração de acordos, o Membro do Parquet deve nortear o exercício de sua função por uma atuação resolutiva, entendida como aquela por meio da qual o membro, no âmbito de suas atribuições, contribui decisivamente para prevenir ou solucionar, de modo efetivo, o conflito, problema ou a controvérsia envolvendo a concretização de direitos ou interesses para cuja defesa e proteção é legitimado o Ministério Público, bem como para prevenir, inibir ou reparar adequadamente a lesão ou ameaça a esses direitos ou interesses e efetivar as sanções aplicadas judicialmente em face dos correspondentes ilícitos, assegurando-lhes a máxima efetividade possível por meio do uso regular dos instrumentos jurídicos que lhe são disponibilizados para a resolução extrajudicial ou judicial dessas situações.

Parágrafo único. Sempre que possível e observadas as peculiaridades do caso concreto, será priorizada a resolução extrajudicial do conflito, controvérsia ou situação de lesão ou ameaça, especialmente quando essa via se mostrar capaz de viabilizar uma solução mais célere, econômica, implementável e capaz de satisfazer adequadamente as legítimas expectativas dos titulares dos direitos envolvidos, contribuindo para diminuir a litigiosidade.

O *caput* do art. 8º da Resolução reforça o conteúdo do art. 190, NCPC, ao afirmar que os acordos celebrados deverão ser homologados pelo juízo competente. Tal exigência é pertinente, haja vista que cabe ao Poder Judiciário a função de controlar a legalidade e proporcionalidade dos acordos celebrados.

No art. 15, inciso I, tem-se que a voluntariedade é um direito do celebrante perante o Ministério Público, enfatizando a tese de que o ANPC é, de fato, um negócio jurídico processual atípico, considerando a exigência da voluntariedade para sua celebração. Além do mais, a voluntariedade afasta eventual alegação de que o ANPC seria um direito subjetivo do acusado, pois, caso fosse um direito, não haveria voluntariedade por parte do legitimado ativo para oferecer o acordo, mas sim a obrigação legal para tanto.

Outro direito previsto na Orientação é a obrigatoriedade do celebrante ser assistido por um advogado, considerando o escopo sancionatório do ANPC (art. 15, V).

7.4.1. Particularidades do Acordo de Não Persecução Cível Previsto na Orientação nº 10 da 5ª CCR/MPF

O Capítulo IV da Resolução nº 10 é inteiramente dedicado ao ANPC. Nele, vislumbra-se diversos elementos que, ora reforçam argumentos explicitados anteriormente no presente trabalho, ora são contrários a certas conclusões alcançadas. Diante desse cenário, cabe a análise e comparação entre a Resolução nº 10 da 5ª CCR/MPF com os princípios e normas dos negócios jurídicos processuais atípicos.

7.4.1.1. Dever de Notificação do Ente Público Lesado

No art. 17, a Resolução nº 10 da 5ª CCR/MPF coloca que, antes de celebrar o acordo, o órgão do *Parquet* deverá notificar o ente público lesado para que este possa se manifestar sobre o acordo:

Art. 17 Antes de sua celebração, o Membro do Ministério Público Federal notificará o ente público ou governamental lesado pela improbidade administrativa para que, através de sua representação extrajudicial e judicial, se manifeste sobre o ANPC, em prazo razoável.

Perante citado dispositivo, cabe questionar se a participação do ente público lesado é obrigatória quando o Ministério Público entender ser o caso de ANPC.

Como foi visto anteriormente, quando do estudo do tema da legitimidade ativa para a proposta do ANPC, o Ministério Público, na sua função *ombudsman*, é obrigado a participar das tratativas do acordo, sob pena de nulidade. Contudo, o oposto não parece ser verdadeiro. Inclusive, a Resolução tão somente menciona que o ente público lesado deve se manifestar, o que não significa que ele deverá necessariamente intervir no acordo. Tanto é assim que o § 1º do mesmo artigo estabelece que “havendo concordância quanto à solução proposta sobre os fatos objeto do Inquérito Civil, o Ministério Público Federal poderá celebrar o ANPC em conjunto com a entidade lesada, ambas como partes signatárias originárias”.

Portanto, conquanto a notificação do ente público lesado seja condição para a celebração de ANPC, nos termos da Orientação, sua participação não é obrigatória.

7.4.1.2. Impedimento de Celebração de Acordo de Não Persecução Cível

O art. 18, parágrafo único, Resolução nº 10/5ª CCR/MPF, expressamente dispõe que “estará impedido de celebrar o ANPC a pessoa física ou jurídica, que, no período de 3 (três) anos anteriores ao ajuizamento da ação, foi considerada inadimplente em ANPC anterior”.

Diferentemente de outros acordos atinentes à categoria do direito sancionador, como a transação penal, a suspensão condicional do processo e o ANPP, o ANPC, de acordo com a Orientação, não poderá ser celebrado novamente pelo período de 3 (três) anos anteriores ao ajuizamento da ação caso a pessoa física ou jurídica tenha sido considerada inadimplente em ANPC anterior.

Por mais que seja louvável a ideia por detrás do dispositivo, esse limite temporal para celebração de novos acordos em razão de eventual inadimplência é contrário aos princípios do direito processual civil e, mais especificamente, dos negócios jurídicos processuais.

Um dos principais princípios do processo civil é o princípio da eficiência, que encontra nos negócios jurídicos processuais uma das suas principais exteriorizações. Estes representam uma alternativa à jurisdição estatal, muitas vezes morosa e ineficiente, alheia aos interesses dos litigantes. Em razão disso, a Orientação, ao limitar a possibilidade de celebração de ANPC apenas àqueles que não sejam inadimplentes em acordos anteriores, está prejudicando a adequada aplicação do princípio da eficiência. Melhor seria se a Orientação estabelecesse que a possibilidade de novo ANPC ao inadimplente levará em conta as peculiaridades do caso concreto e as circunstâncias que levaram ao inadimplemento. Isso porque, perante o objeto principal da AIA (tutela do patrimônio público), um novo acordo ao inadimplente pode ser mais interessante que uma ação que tramite pela jurisdição estatal.

7.4.1.3. Sanções

Os artigos 22 e 23, da Orientação nº 10, trazem as sanções a serem aplicadas. Nessa toada, o ressarcimento ao erário e o perdimento de bens, valores ou direitos que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos pela prática da infração não poderão ser negociados. Isso significa que todo e qualquer ANPC celebrado no âmbito do MPF e que venha a seguir as diretrizes da Orientação nº 10/5ª CCR/MPF deverão incluir o ressarcimento ao erário e a perda de bens, direitos ou valores eventualmente recebidos pelo infrator.

Nesse quesito, andou bem a Orientação, até porque seria contrário ao próprio escopo da LIA a possibilidade de ser negociada a redução ou até mesmo a anistia de ressarcimento ao erário. Da mesma forma, seria contra o espírito da LIA permitir que o agente ímprobo usufruísse de bens, valores ou direitos obtidos pela prática de atos de improbidade administrativa.

O art. 23 traz as penalidades que poderão ser objeto de isenção ou redução, entre elas a suspensão de direitos políticos e a perda da função pública. Porém, o mesmo dispositivo, em seu § 2º, coloca que “fica vedada a concessão de isenção total de penalidades”.

Aparentemente, haveria uma contrariedade entre o *caput* e o § 2º do dispositivo. Isso porque, em primeiro lugar, ele coloca que as penalidades ali veiculadas poderão ser objeto de isenção ou de redução; mas, logo em seguida, dispõe que não se admitiram a isenção total de penalidades. Isso, na prática, representaria a obrigatoriedade da perda da função pública, por exemplo, já que não tem como reduzir uma pena de perda de cargo público, bem como a Orientação veda a isenção total das penalidades.

Tornando as coisas ainda mais confusas, a Orientação, no *caput* do art. 24, coloca que “deverão ser considerados, na fixação de benefícios em favor do celebrante, conforme o caso”, e, no inciso I, “categoria de cargo, emprego ou função pública, utilizado pelo celebrante, na prática da improbidade, e seus antecedentes funcionais”.

Diante dessa falta de clareza, o mais adequado parece ser a aplicação do princípio da proporcionalidade, previsto, inclusive, de forma expressa na Orientação nº 10/5º CCR/MPF, em seu art. 21:

Art. 21 Os benefícios reconhecidos ao celebrante devem ser adequados e proporcionais às vantagens obtidas com a celebração do acordo e seus resultados, para a credibilidade do sistema de responsabilização de atos de improbidade, como pressuposto de legalidade da avença e forma de atendimento ao interesse público no caso concreto.

7.4.1.4. Desistência de Pretensão Recursal

No Capítulo V, que trata dos acordos de não persecução cível em segunda instância, a Orientação nº 10/5ª CCR/MPF, em seu art. 31, dispõe que “os celebrantes deverão expressamente desistir de quaisquer pretensões recursais no âmbito da ação de improbidade administrativa, passíveis de serem interpostas contra a sentença”. Alguns pontos devem ser destacados para uma adequada análise do dispositivo.

Em primeiro lugar, tem-se que “os celebrantes deverão expressamente desistir”. A expressão “os celebrantes”, no plural, indica que o órgão responsável pelo ANPC também deverá desistir expressamente de qualquer pretensão recursal.

Longe da tutela coletiva, admite-se a convenção processual atípica de supressão de instância, sejam eles antecedentes ou incidentais¹²⁷. A questão fica controvertida quando se trata de tutela coletiva, como é o caso das ações pela prática de atos de improbidade administrativa, em razão da chamada remessa necessária. De acordo com o *caput* e inciso I do art. 496, NCPC, “está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público”. Desse modo, ter-se-ia que os acordos de não persecução cível não poderiam abranger cláusula de supressão de instância, o que tornaria obsoleto o art. 31 da Orientação nº 10, 5ª CCR/MPF¹²⁸:

¹²⁷ MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. **Convenção processual na tutela coletiva**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 259.

¹²⁸ Ibidem, p. 259-260.

Na tutela coletiva, contudo, não há a mesma liberdade para se convencionar sobre a supressão de instância, notadamente em vista do princípio da disponibilidade mitigada da ação coletiva e, ainda, da necessidade de observância da regra de remessa obrigatória.

(...)

Tais peculiaridades do processo coletivo reduzem a margem de admissão de negócios bilaterais de supressão de instância firmados antes do pronunciamento judicial. De fato, a obrigatoriedade no prosseguimento da ação civil pública pelo Ministério Público, mesmo que mitigada, e, ainda, a necessidade de que eventual ato de disposição pelo membro da instituição seja fundamentado, não se compatibilizam com a celebração, pelo *Parquet* ou pelos demais legitimados, de negócio processual de renúncia à instância em momento anterior à prolação da decisão de mérito.

Ocorre que tal normatividade prevista na Orientação está inserida dentro do capítulo atinente aos acordos de não persecução cível celebrados em segunda instância. Inclusive, o art. 27 da Orientação expressamente dispõe que “o ANPC poderá ser celebrado com as pessoas físicas ou jurídicas processadas pela prática de atos de improbidade administrativa... encontrando-se o processo em fase de apelação ou reexame necessário no Tribunal Regional Federal competente, devidamente assistidos por advogados, na forma disposta na lei, regulamento, estatuto ou contrato, com poderes específicos para negociação e celebração do ato”. Aparentemente, a norma de supressão de instância seria atinente somente aos acordos celebrados em sede de tribunal, de forma incidente a alguma ação de improbidade administrativa, em razão de recurso de apelação ou de reexame necessário.

Por conta disso, não há óbice para que o ANPC preveja cláusula de supressão de instância, desde de que seja perante o tribunal, incidental ao processo que tenha sido levado a instância superior em razão de apelação ou de reexame necessário.

A outra questão que se impõe é se seria obrigatório que os celebrantes desistissem de qualquer pretensão recursal. Tal indagação surge em razão da literalidade do *caput* do art. 31 da Orientação nº 10, que coloca que “os celebrantes deverão”.

Apesar disto, diante da normatividade regente dos negócios jurídicos processuais, não se vislumbra a obrigatoriedade de supressão de instância e recurso. Por ser uma convenção processual atípica, o ANPC pode ou não conter cláusula nesse sentido, cabendo aos negociantes determinarem aquilo que julgam o mais adequado para o processo deles.

8. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a natureza jurídica do acordo de não persecução cível, incluído na Lei de Improbidade Administrativa pelo Pacote Anticrime.

A possibilidade do legitimado ativo e do agente ímprobo negociarem sobre o

processo, apesar de ser uma novidade na LIA, já vinha sendo praticado pelos aplicadores do Direito, em razão de outras previsões legais, não obstante a então previsão expressa na Lei de Improbidade vedando acordos em ações pela prática de atos de improbidade administrativa, previsão esta que foi revogada pelo Pacote Anticrime.

De toda sorte, o momento processual já apontava para uma maior liberdade negocial sobre o processo. Por mais que as teorizações de BÜLOW tivessem sido no sentido de que o processo, por envolver o Estado-juiz, é do ramo do Direito Público e, por isso, não admitiria negócios processuais, o que se observou é que, com o tempo, as necessidades peculiares dos envolvidos na demanda judicial exigiam uma flexibilização do processo, tornando-o um “processo das partes”.

Tanto é assim que o NCPC previu uma série de princípios que resguardam os instrumentos negociais sobre o processo, como é o caso do princípio da eficiência e da cooperação, além de outros, como o princípio da atipicidade dos negócios jurídicos e o princípio do autorregramento da vontade no processo.

Respalhando a nova normatividade, o NCPC trouxe uma cláusula geral negocial em seu art. 190, o que representou algo inovador e que é responsável por concretizar a ideia de atipicidade dos negócios jurídicos processuais. Entretanto, diversos conceitos inseridos no dispositivo devem ser interpretados conforme a principiologia atual do processo civil, como é o caso da expressão “manifesta situação de vulnerabilidade” e “direitos que admitam autocomposição”.

Além do mais, o art. 17-A, que passaria a prever certas regras ao acordo de não persecução cível, foi vetado pelo Presidente da República, deixando um vácuo legislativo sobre o tema. Diante deste cenário, foi preciso buscar em outros institutos negociais as balizas necessárias para aplicar o acordo de não persecução cível. Entre esses instrumentos, ganham destaque o termo de ajustamento de conduta e a colaboração premiada, que veiculam elementos capazes de orientar os acordos de não persecução cível.

Ainda, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal editou a Orientação nº 10, que traz diversas regras que ajudam os membros do *Parquet* Federal na elaboração de ANPC. Contudo, como estes possuem natureza jurídica de negócios jurídicos processuais atípicos, diversas dessas normativas contidas na Orientação da 5ª CCR/MPF não se coadunam com o atual estado da arte das convenções processuais. Por outro lado, o ressarcimento do dano ao erário e a restituição à entidade lesada de valores, direitos e bens obtidos pelo sujeito que praticou os atos de improbidade representam um limite aos negócios jurídicos processuais celebrados em sede de ANPC, sob pena de desnaturalização deste.

Portanto, apesar do veto presidencial sobre os artigos que tratariam sobre de ser dos acordos de não persecução cível, o fato destes serem negócios jurídicos processuais atípicos fez com que o veto presidencial fosse indiferente, já que, diante de uma principiologia que caminha em direção a “um processo para chamar de seu”, o melhor é que existam amplas margem para as partes negociarem sobre o processo que melhor se adequa ao litígio em pauta.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber; ANDRADE, Adriano. **Interesses difusos e coletivos**: volume 1. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Os “acordos processuais” no novo CPC - aproximações preliminares**. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Desvendando o Novo CPC*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo código de processo civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. 3 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

_____. **A resolução nº 118 do conselho nacional do ministério público e as convenções processuais**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. Coleção Grande Temas do Novo CPC, v. 1. 4 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; CABRAL, Antônio do Passo. **Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”**. Disponível em: <https://www.academia.edu/30837605/NEGOCIAÇÃO_DIRETA_OU_RESOLUÇÃO_COLABORATIVA_DE_DISPUTAS_COLLABORATIVE_LAW_MEDIAÇÃO_SEM_MEDIADOR>. Acesso em: 26/10/2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. Disponível em: <https://www.academia.edu/10270224/Negócios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>. Acesso em: 26/10/2020.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. **A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa**. In: DIDIER JR., Fredie (Coord). *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 21 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

_____. **Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015.** In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais.** Coleção Grande Temas do Novo CPC, v. 1. 4 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

_____. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil.** In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais.** Coleção Grande Temas do Novo CPC, v. 1. 4 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

DINO, Nicolao. **A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória.** In.: Salgado, Daniel de Resende; Queiroz, Ronaldo Pinheiro de (org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade.** 3 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Manual do procurador da república: teoria e prática.** 3 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

LOPES, Rodolfo Soares Ribeiro. **A ampliação dos espaços de consenso no processo a partir da lei nº 13.964/2019: os acordos de não persecução penal e cível.** In.: TAVARES, João Paulo Lordelo G. (Coord.). Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019 na visão de Procuradores da República. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MAGALHÃES JUNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. **Convenção processual na tutela coletiva.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1.** 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio.** 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann [et al.]. **Comentários à lei de ação civil pública.** 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil - volume único.** 12 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

OSNA, Gustavo. **Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria**

processual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOUZA, Alexandre Araujo de. **O ministério público como instituição de garantia: as funções essenciais do *parquet* nas modernas democracias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

TALAMINI, Eduardo. **Um processo pra chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.o 104, outubro de 2015. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 26/10/2020.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **A colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa**: o estado da arte após a Lei n. 13.964/2019 (pacote “anticrime”). In: TAVARES, João Paulo Lordelo G. (Coord.). **Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019 na visão de Procuradores da República**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

VENTURI, Elton. **Transação de direitos indisponíveis?** Revista de Processo, vol. 251/2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Convenção das partes em matéria processual**. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. Coleção Grande Temas do Novo CPC, v. 1. 4 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.