

Ana Luiza Brandão de Aguiar Vilaça



# A TUTELA EXTRAJUDICIAL DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

A efetividade da  
promoção de direitos  
difusos e fundamentais  
por meio de acordos



A presente obra foi desenvolvida com o objetivo de analisar o instituto jurídico da Improbidade Administrativa e a possibilidade de celebração de compromisso de ajustamento de conduta, nas hipóteses extrajudiciais em que ocorre a constatação de prática de ato de improbidade administrativa. De igual forma, especificamente, a presente pesquisa objetiva o estudo da lei nº 8.429/92, que regulamenta o mencionado instituto no Brasil, o caráter difuso e fundamental da probidade administrativa, bem como a efetividade do combate à Improbidade Administrativa pelos meios consensuais e extrajudiciais, destacando, sobretudo, o atual caráter resolutivo do Ministério Público na celebração de compromissos de ajustamento de conduta no bojo de inquéritos civis. Para tanto, a pesquisa desenvolveu-se, inicialmente, com a análise da lei de Improbidade Administrativa, perpassando, posteriormente, para uma ponderação de diversas posições doutrinárias, no intuito de caracterizar a probidade e a moralidade administrativa, bem como o patrimônio público, como direitos difusos e fundamentais. Em seguida, realizou-se uma abordagem acerca do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta, como meios extrajudiciais e consensuais mais eficazes na solução de conflitos coletivos. Por fim, a pesquisa apresentou algumas situações jurídicas semelhantes à celebração de compromisso de ajustamento de conduta em hipóteses de Improbidade Administrativa, permitidas por lei, nos anos subsequentes à promulgação da Lei de Improbidade Administrativa, até o advento da lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), possibilitando a celebração de acordo de não persecução cível, como solução à antiga celeuma da vedação contida no antigo art. 17, parágrafo primeiro da lei nº 8.429/92. Foi utilizada metodologia de revisão teórico-bibliográfica de autores que abordam direta e indiretamente o assunto e, o procedimento metodológico utilizado foi o dedutivo, partindo-se da análise macroanalítica dos institutos da Improbidade Administrativa, inquérito civil, compromisso de ajustamento de conduta, direitos fundamentais, direitos coletivos *latu sensu* e direitos difusos, aplicando-os na especificidade do assunto.



## **A tutela extrajudicial da probidade administrativa**

## *Direção Editorial*

---

Lucas Fontella Margoni

## *Comitê Científico*

---

**Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior**  
Universidade de Itaúna (UIT)

**Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa**  
Universidade de Itaúna (UIT)

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz**  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

# **A tutela extrajudicial da proibição administrativa**

A efetividade da promoção de direitos difusos e  
fundamentais por meio de acordos

**Ana Luiza Brandão de Aguiar Vilaça**



**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Bee House Publicidade e Marketing

**O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.**



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) [https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

VILAÇA, Ana Luiza Brandão de Aguiar

A tutela extrajudicial da probidade administrativa: a efetividade da promoção de direitos difusos e fundamentais por meio de acordos [recurso eletrônico] / Ana Luiza Brandão de Aguiar Vilaça -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

174 p.

ISBN - 978-65-5917-236-8

DOI - 10.22350/9786559172368

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Improbidade administrativa; 2. Inquérito civil; 3. Compromisso de ajustamento de conduta; 4. Direitos fundamentais; 5. Direitos difusos; I. Título.

---

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

*“Aquele que pensa positivo vê o invisível, sente o intangível e alcança o impossível”*

*Winston Churchil*





# Sumário

<b>Introdução</b>	<b>11</b>
<hr/>	
<b>1</b>	<b>14</b>
<hr/>	
<b>Improbidade administrativa: conceito, aspectos materiais e processuais trazidos pela Lei nº 8.429/1992</b>	
1.1 Estado, Governo e Administração Pública .....	15
1.2 Surgimento da figura da Improbidade Administrativa no ordenamento jurídico brasileiro.....	20
1.3 A Improbidade Administrativa na Lei nº 8.429/92:.....	27
<hr/>	
<b>2</b>	<b>57</b>
<hr/>	
<b>O patrimônio público, a moralidade e a probidade administrativa como direitos fundamentais, difusos e indisponíveis</b>	
2.1. Dos Direitos Fundamentais .....	57
2.2. Dos direitos coletivos.....	66
2.3. Da moralidade e da probidade administrativa .....	74
2.4. Do Patrimônio Público .....	87
<hr/>	
<b>3</b>	<b>91</b>
<hr/>	
<b>O Sistema Multiportas, o inquérito civil e compromisso de ajustamento de conduta</b>	
3.1. O Sistema Multiportas.....	91
3.2. Institutos cíveis que possibilitam a celebração de acordo .....	94
3.3. O Inquérito Civil .....	100
3.4. O Compromisso de Ajustamento de Conduta: .....	117
<hr/>	
<b>4</b>	<b>131</b>
<hr/>	
<b>Os reflexos da impossibilidade de celebração de compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses de improbidade administrativa nos 28 anos subsequentes à promulgação da Lei 8.429/92: institutos jurídicos semelhantes ao compromisso de ajustamento de conduta inseridos no ordenamento jurídico brasileiro e norte americano</b>	
4.1. Institutos penais que possibilitam a transação (despenalizadores) .....	133
4.2. A Possibilidade de celebração de acordo no direito norte americano (Plea bargaining).....	148
4.3. A Consensualidade no âmbito da tutela coletiva .....	151
4.4. Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) e o acordo de não persecução cível .....	153
<hr/>	
<b>Conclusões</b>	<b>162</b>
<hr/>	
<b>Referências</b>	<b>167</b>
<hr/>	



## Introdução

A Improbidade Administrativa, positivada no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 8.429/92, possuía, até dezembro de 2019, algumas peculiaridades, dentre elas, a impossibilidade de realizar qualquer tipo de transação, acordo ou conciliação no bojo das Ações de Improbidade Administrativa, conforme previa o artigo 17, parágrafo primeiro da referida lei.

Há o entendimento de alguns autores, dentre eles Emerson Garcia, Rodrigo Pacheco Alves e Walber de Moura Agra, que a proibição de celebrar qualquer espécie de acordo nas Ações de Improbidade Administrativa também se estendia à esfera extrajudicial. Desta forma, nos Inquéritos Cíveis instaurados para apurar eventual prática de Improbidade Administrativa, ficava impossibilitada a celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta pelo Ministério Público, conforme dispunha a Lei no 8.429/92.

Contudo, nos anos que sucederam a promulgação da Lei de Improbidade Administrativa, foram promulgadas diversas outras normas de cunho civil e penal, possibilitando a celebração de acordos em situações semelhantes à Improbidade Administrativa, inclusive em situações mais gravosas, a exemplo das penais, fazendo com que a vedação contida na lei nº 8.429/92 não mais se justificasse.

Em 2017 o Conselho Nacional do Ministério Público evoluiu ao publicar a Resolução de nº 179 que, em seu artigo 1º, parágrafo 2º, autoriza o Ministério Público a celebrar Compromisso de Ajustamento de Conduta nas hipóteses de Improbidade Administrativa. Entretanto, apesar desse

avanço, a Lei de Improbidade Administrativa ainda continha a vedação de celebração de qualquer acordo, conciliação ou transação.

A presente pesquisa possui como justificativa prática a regulação de uma atuação articulada e integrada do Ministério Público, em âmbito nacional, no combate a Improbidade Administrativa, com atuação resolutiva, alternativa e pacificadora dos conflitos. Teoricamente, possui a justificativa de romper o antigo paradigma para entender o Compromisso de Ajustamento de Conduta como um mecanismo de solução de conflitos, passível de utilização nos Inquéritos Civis relativos a apuração da prática de atos de Improbidade Administrativa, bem como nas Ações de Improbidade Administrativa.

Como objetivo geral, pretende a presente pesquisa realizar uma análise de dos institutos da Improbidade Administrativa, Inquérito Civil e Compromisso de Ajustamento de Conduta, perpassando por conceitos essenciais e indispensáveis à compreensão do resultado final da pesquisa, como a caracterização da probidade administrativa como um direito fundamental e difuso.

Especificamente, aspira-se abordar a possibilidade de celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta na esfera extrajudicial dos Inquéritos Civis instaurados para apurar atos Improbidade Administrativa, diante da evolução histórica da legislação brasileira que, em situações muito semelhantes e, inclusive mais gravosas, permitiu a celebração de acordos, bem como diante da Resolução nº 179 do Conselho Nacional do Ministério Público e, mais recentemente, as promulgação da lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime).

A hipótese que lastreia a presente pesquisa consiste na possibilidade de celebração de acordos (*latu sensu*) em hipóteses de Improbidade Administrativa, em procedimentos judiciais e, sobretudo, extrajudiciais, como

forma mais adequada, célere e eficaz de tutelar e promover direitos fundamentais e difusos.

A metodologia utilizada baseia-se no método dedutivo, valendo-se da pesquisa teórico bibliográfica, partindo-se de conceitos macroanalíticos e teorias do Direito, aplicando-os na especificidade do assunto, possibilitando, assim, o debate crítico do tema em questão, elucidando o que há de mais relevante em relação à Celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos Inquéritos Cíveis de Improbidade Administrativa como mecanismo de defesa de direitos fundamentais, assim como ferramenta de promoção de direitos difusos, e estabelecendo diretrizes para concluir sobre a coerência das regulamentações que permitem referida prática, bem como sobre as atuais necessidades tocantes à temática.

## **Improbidade administrativa: conceito, aspectos materiais e processuais trazidos pela Lei nº 8.429/1992**

Da existência do Estado, como uma instituição organizacional das relações humanas em sociedade, podemos, inicialmente, destacar a existência de um Estado ideal e de um Estado real que, ao menos na realidade brasileira, possuem larga distância.

Em decorrência de suas funções, o Estado vale-se de prerrogativas em sua atuação, visando proporcionar da melhor forma a satisfação do interesse público e coletivo *latu sensu*.

Entretanto, tais poderes conferidos ao Estado e, conseqüentemente aos agentes públicos que o representam, podem, eventualmente, serem utilizados para fins diversos daqueles para os quais foram previstos.

Essa deturpação do poder, por tempos, tornou-se corriqueira no Estado brasileiro, de tal forma que implantou-se a cultura da improbidade, facilmente comprovada por escândalos envolvendo corrupção (*latu sensu*), ocasiões de patente obtenção de vantagem ilícita por agentes públicos, assistida de maneira passiva por toda a população. Destaca-se como um dos fatores que influenciava a prática de atos de improbidade, a certeza da impunidade, diante da inexistência de um regramento robusto e específico, até o ano de 1992, acerca do assunto.

Assim, o Estado real distanciava-se cada vez mais do Estado ideal, carecendo de uma atuação não somente repressiva aos atos de improbidade, mas preventiva, no intuito de extirpar a cultura da improbidade.

Diante desse cenário, passamos a uma breve contextualização acerca do Estado, seus elementos e funções, para, em seguida, adentrar na especificidade da Improbidade Administrativa.

### **1.1 Estado, Governo e Administração Pública**

Inicialmente, antes mesmo de se adentrar no conceito de Improbidade Administrativa, imperiosa se faz a elucidação dos conceitos de Estado, Governo e Administração Pública, bem como sua distinção, para uma melhor compreensão do objeto da presente pesquisa.

Tendo em vista se tratar de um ente complexo, composto por vários aspectos e passível de análise por diversos pontos de vista, existe hoje uma pluralidade de conceitos em relação ao Estado. Assim, diante desse quantum variável de subjetividade, o Estado pode ser conceituado de maneiras diferentes, a depender da ótica do observador.

Dalmo de Abreu Dallari (DALLARI, 1998, p. 44) ensina que a análise dessa grande variedade de conceitos revela duas orientações fundamentais: ou se dá mais ênfase a um elemento concreto ligado a noção de força, ou se realça a natureza jurídica, tomando-se como ponto de partida a noção de ordem. Para o presente estudo, interessa-nos o conceito de Estado sob a perspectiva de sua natureza jurídica.

Diante dessa análise, Dallari esclarece que:

Tendo em conta a possibilidade e a conveniência de se acentuar o componente jurídico do Estado, sem perder de vista a presença necessária dos fatores não-jurídicos, parece-nos que se poderá conceituar o Estado como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem

comum, com a vinculação deste a um certo povo e, finalmente, territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território. (DALLARI, 1998, p. 44-45)

Wallace de Paiva Martins Júnior, na especificidade da realidade brasileira e, em uma doutrina mais atual, explica acerca do Estado:

A existência do Estado prende-se à noção de um aparelho organizador das relações sociais para satisfação das necessidades públicas, realizando-as mediante serviços públicos atribuídos a pessoas jurídicas por ele criadas através das atividades executadas pelas pessoas físicas investidas em funções públicas (dotadas de poderes administrativos correlatos) pelas mais variadas formas de investidura ou vínculo (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 01)

Há que se destacar, acerca do Estado brasileiro, que se trata de um Estado de Direito, conforme definido constitucionalmente. Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 2016) ensina que o Estado de Direito é aquele juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis. Ou seja, é a limitação do poder e seu exercício dentro da lei.

Ana Cristina de Melo Silveira (2016) assevera, no que diz respeito ao Estado Democrático de Direito que:

Em um país cuja Constituição adota o regime democrático e se compromete com a construção de um país livre, justo solidário, igualitário e plural, é preciso que os operadores do Direito brasileiro voltem os olhos para a importância da efetividade dos direitos e garantias fundamentais individuais e, especialmente, coletivos para a realização do Estado Democrático de Direito na sua concepção material. A atuação proba de todos aqueles que exercem a atividade administrativa ou que com a Administração Pública se relacionam é imprescindível para a efetivação de um Estado de Direito que pretenda ser genuinamente democrático e construir uma sociedade livre, justa e igualitária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as



desigualdades sociais e promover o bem de todos indistintamente. (SILVEIRA, 2016, p. 22)

O Estado, portanto, é uma pessoa jurídica, que elabora suas próprias leis, submetendo-se também a elas, capaz de adquirir direitos, contrair obrigações e, conseqüentemente, integrar relações jurídicas, que se organiza para gerir, prover e tutelar os interesses da coletividade, traduzida em seu elemento humano, ou seja, o povo, também entendido como uma nação politicamente organizada.

O Estado possui ainda mais dois elementos indissociáveis que o constituem, a saber, território e governo soberano (sinônimo de poder e/ou soberania). O primeiro, representa o espaço físico no qual o Estado se insere e desenvolve suas atividades, ao passo que o segundo, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 2016), é o elemento condutor do Estado, que detém e exerce o poder absoluto de autodeterminação e auto-organização emanado do povo. Ainda segundo o referido autor, não há e nem pode haver Estado independente sem soberania, isto é, sem esse poder absoluto, indivisível e incontestável de organizar-se e conduzir-se segundo a vontade livre de seu povo e de fazer cumprir as suas decisões, inclusive pela força, se necessário.

Ressalta-se que o Estado (pessoa jurídica) desenvolve duas funções: a de governo e a de Administração Pública. São termos que caminham juntos e são por vezes confundidos, malgrado sejam funções distintas.

O Governo é a função estatal que traça os parâmetros de atuação do Estado, balizado no ordenamento jurídico e com responsabilidade política. Contudo, não é o responsável pela execução dos objetivos por ele determinados.

Por sua vez, é à Administração Pública a quem compete a responsabilidade profissional pela execução das políticas traçadas pelo Governo, conforme leciona Hely Lopes Meirelles:

Administração Pública, em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica atos de governo; pratica, tão somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados atos administrativos. (MEIRELLES, 2016, p. 67)

Definidos os conceitos de Estado, Governo e Administração Pública, destaca-se sua conexão e, ao mesmo tempo, a sutil diferença entre eles.

O Estado, cuja existência reputa-se a mais remota, pode ser observado desde que o ser humano passou a se reunir e se organizar em grupos. Governo e Administração Pública, por sua vez, foram instituídos posteriormente, nas modernas civilizações, considerando-se criações abstratas das constituições e leis que os definem.

Importante destacar que Governo e, sobretudo a Administração Pública, atuam diretamente por meio de seus representantes, a saber, as entidades, que são as pessoas jurídicas de direito público, os órgãos, centros de decisão despersonalizados e seus agentes, pessoas físicas investidas em cargos e funções. Trataremos especificamente dos agentes públicos, tendo em vista o interesse e finalidade da presente pesquisa.

Maria Sylvia Zanella de Pietro (DI PIETRO, 2014), em uma acepção clássica, entende que agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta.

De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, após as alterações nela inseridas pela Emenda Constitucional nº 18/98, consideram-se agentes públicos os agentes políticos, os servidores públicos, os militares e os particulares em colaboração com o Poder Público.

Os agentes políticos, nas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2014), são aqueles que exercem típicas atividades de Governo e exercem mandato, para o qual são eleitos. Para a autora, são apenas os chefes dos Poderes Executivos Federal, Estadual e Municipal, os Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores. Importante pontuar que a forma de investidura no cargo é a eleição, com exceção dos Ministros e Secretários de Estado, que são escolhidos e nomeados pelo Chefe do Poder Executivo.

Por sua vez, os servidores públicos subdividem-se em servidores estatutários, servidores temporários e empregados públicos. Os primeiros, sujeitam-se ao regime estatutário, previamente definido, não passível de modificação posterior e são ocupantes de cargos públicos. Os segundos, são contratados excepcionalmente por tempo determinado para atender ao interesse público, e ocupam função pública. Os terceiros, são contratados sob o regime da legislação trabalhista (celetistas) e ocupam emprego público. Embora sejam regidos pela CLT, sujeitam-se às normas constitucionais pertinentes à Administração Pública (art. 37 e seguintes da Constituição).

Noutro giro, os militares são as pessoas físicas que prestam serviços às Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), às Polícias Militares

e Corpos de Bombeiros Militares dos estados e Distrito Federal, com vínculo estatutário e sujeitos a regime próprio.

Já na categoria dos particulares em colaboração com a Administração Pública, enquadram-se as pessoas físicas que, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração, prestam serviços ao Estado. Essa relação dos particulares com o Estado, conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2014), pode ocorrer por requisição do Poder Público, nomeação ou designação para o exercício de funções públicas relevantes e os gestores de negócios, que assumem determinada função em momento de emergência.

Essa parte introdutória e conceitual faz-se necessária para esclarecer que o Estado e todas as suas estruturas orgânicas, bem como seus agentes públicos e os particulares que com ele possuem algum vínculo, nada mais são do que representantes do povo, de toda a coletividade, haja vista estarmos inseridos em um Estado Democrático de Direito. Diante disso, toda a atuação estatal deve balizar-se nos princípios que regem a atividade da Administração Pública, bem como no ordenamento jurídico vigente, a fim de tutelar com maior efetividade o interesse público/coletivo.

## **1.2 Surgimento da figura da Improbidade Administrativa no ordenamento jurídico brasileiro**

Com o intuito de responsabilizar àqueles que, ao desempenhar as funções públicas, atuem em dissonância com os preceitos que regulamentam a execução das atividades estatais, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, foi a primeira norma jurídica no Brasil a regulamentar acerca da responsabilização por Improbidade Administrativa, embora não com essa denominação e, de forma diversa da atual, dispondo em seu art. 141, parágrafo 31, que “a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de

bens, no caso de enriquecimento ilícito por influencia ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

Ainda a nível constitucional no Brasil, tem-se que, posteriormente à Constituição de 1946, a Constituição da República de 1967, após alterações trazidas pelas emendas 1/69 e 11/68, mencionava na parte final de seu art. 153, parágrafo 11 que “a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública”. Percebe-se que a previsão contida na Constituição de 1967 também não possuía a denominação de Improbidade Administrativa, não obstante disciplinasse a responsabilização daqueles que causassem dano ao erário ou se enriquecessem ilicitamente.

No que diz respeito à legislação infraconstitucional, foram promulgadas as leis nº 3.164/57 (Lei Pitombo Godói) e nº 3.502/58 (Lei Bilac Pinto). A primeira sujeitava a sequestro os bens de servidor público, adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que aquele tenha incorrido. A segunda regulava o sequestro e o perdimento de bens de servidor público da administração direta e indireta, nos casos de enriquecimento ilícito, por influencia ou abuso de cargo ou função, além de complementar a lei nº 3.164/57, enumerando hipóteses configuradoras de enriquecimento ilícito.

Destaca-se que mencionadas leis também esboçavam o início das ideias que, alguns anos à frente, culminariam na lei nº 8.429/92.

A figura jurídica da Improbidade Administrativa, por sua vez, somente nasce no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição da República de 1988, em seu artigo 37, parágrafo 4º, dispondo que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas

em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Há ainda, na Constituição da República, outra menção à Improbidade Administrativa no artigo 15, inciso V, no tocante à possibilidade da suspensão de direitos políticos em decorrência da prática de atos ímprobos. Contudo, diante do enfoque acerca do nascedouro da Improbidade Administrativa, neste tópico, vamos nos ater ao artigo 37, parágrafo 4º da Constituição.

Tendo em vista tratar-se de norma constitucional de eficácia limitada, com aplicabilidade indireta, mediata, diferida e postergada pois, somente a partir de uma norma posterior terá eficácia plena, quatro anos após a promulgação da Constituição da República foi promulgada a Lei Ordinária de nº 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa, para regulamentar o novo instituto inserido constitucionalmente no ordenamento jurídico pátrio. Importante destacar que, a sanção de ressarcimento ao erário, prevista pelo constituinte conforme acima demonstrado, traduz-se no objetivo principal da Lei nº 8.429/92.

Ressalta-se que, posteriormente à promulgação da Lei de Improbidade Administrativa, referido instituto jurídico também foi disciplinado em outras leis, a exemplo do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01).

A Lei nº 8.429/92 apresenta os sujeitos ativo e passivo, tipifica, em rol exemplificativo, os atos ilícitos que configuram a prática de Improbidade Administrativa, apresenta sanções e o procedimento judicial da Ação de Improbidade Administrativa, não expondo, contudo, o conceito da figura jurídica que a lastreia.

A palavra “improbidade”, conforme explica De Plácido e Silva (2007) em seu vocabulário jurídico, gramaticalmente deriva do latim *improbitas*, que significa má qualidade, imoralidade, malícia. O autor ainda coloca que, juridicamente, liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter, asseverando que a improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto,

que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral. Complementa a conceituação dizendo que improbidade é a qualidade do ímprobo, explicando que ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras, da lei e da moral. Conclui exemplificando que, para os romanos, a improbidade impunha a ausência de *existimatio*, que atribui aos homens o bom conceito e, sem a *existimatio*, os homens se convertem em *homines intestabiles*, tornando-se inábeis e, portanto, sem capacidade ou idoneidade para a prática de certos atos.

A partir do conceito gramatical acima mencionado é possível perceber que a figura jurídica da Improbidade Administrativa possui seu fundamento resguardado no princípio da moralidade, princípio expresso do Direito Administrativo, contido no caput do artigo 37 da Constituição da República. Moralidade esta que pode ser entendida como sinônimo de honestidade, lealdade, ética e boa-fé.

No que concerne ao princípio da moralidade, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que:

De acordo com ele, a Administração e seus agentes tem de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé (...). Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos. (MELLO, 2013, p. 122)

Trata-se, portanto, de princípio que prega a atuação não corrupta dos agentes públicos quando da gestão da coisa pública. Até mesmo porque,

conforme explicado inicialmente, o agente público é apenas um representante do povo que lida com o patrimônio público (ou seja, da coletividade). Desta forma, deve pautar sua atuação em padrões éticos de conduta, no intuito de exercer sua função de modo a atender as necessidades coletivas com a maior eficiência possível.

Matheus Carvalho (2017) explica que a moralidade é um conceito jurídico indeterminado e, por isso, a jurisprudência acaba por aplicar sua violação como vício de legalidade da atuação administrativa. Ressalta o autor que, entretanto, a moralidade deve ser analisada como princípio autônomo, de forma que existe a possibilidade da retirada de um ato administrativo imoral, ainda que não haja direta violação ao princípio da legalidade.

No intuito de esclarecer a diferença entre moralidade e legalidade, Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2014) ensina que a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei, de forma que a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos por si só, porque acarreta a invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

Demonstrada a estreita relação da figura da Improbidade Administrativa com o princípio da moralidade, seguimos na conceituação do instituto jurídico em questão.

A Improbidade Administrativa traduz-se no termo técnico para denominar a corrupção administrativa. Esta, por sua vez e, nos dizeres de Walber de Moura Agra (2017), “caracteriza-se pelo desvirtuamento da Administração Pública e afronta aos princípios base do Estado de Direito, a saber, princípio democrático e princípio republicano, tendo em vista que uma atuação política virtuosa é essencial à construção de uma sociedade”.

Malgrado não exista na Constituição da República, sequer na Lei nº 8.429/92, um conceito robusto do termo Improbidade Administrativa,



infe-re-se da análise gramatical anteriormente feita acerca dos princípios da legalidade, moralidade, unidas à tipificação constante nos artigos 9º, 10 e 11 da lei acima referida, que Improbidade Administrativa trata-se de uma imoralidade qualificada pelo acinte ao Erário e pela correspondente vantagem ao ímprobo, conforme também explica Walber de Moura Agra (2017). Referido autor entende que, como o legislador especificou, mesmo de que maneira exemplificativa, no caput dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 quais seriam os atos ímprobos, é inegável que o conceito de Improbidade Administrativa estará sempre articulado nos seus termos, de modo que toda tentativa conceitual deve partir de tais premissas.

Nessa esteira e, não obstante alguns autores façam referência à etimologia da palavra improbidade para buscar uma explicação de sua origem e conceito, entende-se que a Lei nº 8.429/92 se divorciou do conceito etimológico da palavra improbidade, tendo em vista que, a partir do momento em que se considera ato de improbidade uma ação culposa, amplia-se a noção do conceito, ultrapassando o significado meramente gramatical. Portanto, não apenas os atos desonestos e imorais caracterizam atos de improbidade administrativa, como também atos lesivos ao erário, causados por ação culposa do agente público.

Portanto, entende-se que Improbidade Administrativa é a violação ao princípio da moralidade administrativa (desonestidade e má-fé na gestão da *res publica*), de maneira qualificada por uma ilegalidade, caracterizada por atos que ensejem enriquecimento ilícito do sujeito ativo da prática do ato ou de outrem (de maneira dolosa), prejuízo ao erário (de maneira dolosa ou culposa) ou violação dos princípios da Administração Pública (de maneira dolosa), previstos nos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei nº 8.429/92, malgrado referido rol possua cunho meramente exemplificativo.

Não basta qualquer ilegalidade ou imoralidade para que se configure a prática de atos de improbidade. Deve ser uma ilegalidade ou imoralidade

qualificadas reciprocamente, nos moldes das tipificações contidas nos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei nº 8.429/92.

Diante disso, entende-se que o conceito de improbidade administrativa é, não puramente etimológico, mas sim normativo-jurídico.

Importante destacar que, a configuração de ato de improbidade prescinde de prejuízo ao erário, a exemplo dos atos que culminem somente em violação a princípios da Administração Pública. No que diz respeito aos casos de enriquecimento sem causa, Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto prelecionam que:

Regula assim o art. 9º da Lei de Improbidade o enriquecimento ilícito. Aqui não estamos tratando do denominado enriquecimento sem causa (art. 884 do CC/2002), ou seja, quando há um acréscimo de bens ou vantagens em favor do agente, com prejuízo de outrem (Poder Público ou das entidades descritas no art. 2º da Lei de Improbidade), sem que haja um fundamento jurídico válido, além da ocorrência de uma ilegalidade, aqui em sentido amplo. Para a caracterização do enriquecimento sem causa seria necessário o dano à Administração Pública, que pode nem ocorrer. (GOMES JÚNIOR; FAVRETO, 2014, p. 110-111)

Frisa-se que a Improbidade Administrativa possui sua natureza jurídica inserida no Direito Sancionador, conforme argumenta Ana Carolina de Oliveira (2012). Por tempos discutiu-se acerca dessa natureza jurídica e, alguns autores, a exemplo de Fernando Capez (2015), diante da falta de um posicionamento doutrinário uníssono, a classificavam em uma “zona cinzenta”. Isto porque, malgrado a Improbidade Administrativa possua sanções de cunho sancionador e, judicialmente, seja processada em ação civil pública nos ditames processuais civis, as punições estabelecidas tanto pela Constituição da República, como pela Lei nº 8.429/92, são tão severas quanto algumas penas impostas àqueles que praticam, por exemplo, crimes contra a Administração Pública. Contudo, atualmente não mais existe

essa divergência quanto à natureza jurídica da figura da Improbidade Administrativa.

Explicado o conceito de Improbidade Administrativa e sua inserção no Direito Administrativo Sancionador, seguimos em relação aos aspectos materiais e processuais disciplinados na Lei nº 8.429/92.

### **1.3 A Improbidade Administrativa na Lei nº 8.429/92:**

Primeiramente, ressalta-se que a Lei nº 8.429/92 é uma Lei Nacional e, portanto, aplica-se a todos os entes da federação, a saber, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como a empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual. De igual forma, sujeitam-se também às penalidades da lei nº 8.429/92 os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Logo de início, a Lei de Improbidade Administrativa cuidou, em seu artigo 1º, de identificar os sujeitos ativos e passivos da prática dos atos de Improbidade Administrativa, sob um prisma material e não processual. Como sujeitos ativos da prática do ato ímprobo, a lei elenca qualquer agente público, servidor ou não, esclarecendo, posteriormente em seu artigo 2º e, de maneira bem ampla, quem é considerado agente público.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 2º. Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Resumidamente, qualquer pessoa física ou jurídica que possua algum vínculo ou se relacione de alguma forma com o Poder Público, inclusive por meio de instituições privadas que recebam subvenções de órgãos públicos (empregados celetistas, prestadores de serviço e, inclusive, voluntários), sujeita-se à Lei nº 8.429/92. Percebe-se que haverá sempre uma relação/vínculo do sujeito ativo com o passivo. Entretanto, para aplicação das sanções previstas na referida lei, pouco importa a natureza do vínculo.

Destaca-se que a Improbidade Administrativa, quando praticada pelo agente público, é denominada Improbidade Própria, ao passo que, quando praticada por particular, pessoa física ou jurídica, é chamada de Improbidade Imprópria.

Acerca da Improbidade Própria, há que se falar sobre a peculiaridade da responsabilização dos agentes políticos, já conceituados no primeiro tópico deste capítulo. Atualmente existe o entendimento consolidado nos tribunais superiores de que referidos agentes públicos podem ser responsabilizados pela prática de atos de Improbidade Administrativa. Não obstante tal entendimento seja bem recente, havia uma discussão nos referidos tribunais acerca da possibilidade ou não de responsabilização dos referidos agentes públicos pela prática de atos de improbidade, tendo em vista a previsão de sua responsabilização na Lei de Crimes de Responsabilidade (1.079/1950), cujas sanções também possuem natureza jurídica de cunho sancionador. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça<sup>2</sup> e, posteriormente o Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup>, chegaram à conclusão de que há perfeita compatibilização entre a responsabilização do agente político por Improbidade Administrativa e por Crime de Responsabilidade,

---

<sup>2</sup> REsp 1108490 / RJ, Min. Rel. Herman Benjamin, DJ 15/09/2016.

<sup>3</sup> RE 803.297/RS, Min. Rel. Celso de Mello, DJ 06/02/2017. Informativo nº 853, STF.

não configurando *bis in idem*, à exceção do Presidente da República, que somente poderá ser responsabilizado pela Lei de Crimes de Responsabilidade. Ressalta-se que a exceção é somente em relação ao Presidente da República, de forma que os demais chefes dos Poderes Executivos estaduais e municipais (Governadores de Estado e Prefeitos) sujeitam-se ao regramento previsto na Lei nº 8.429/92.

Uma última consideração em relação à Improbidade Própria, refere-se à responsabilização dos agentes públicos estrangeiros, previsto na Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção). Ressalta-se que, atualmente a Lei nº 8.429/92 e a Lei nº 12.846/13 constituem o Sistema de Defesa da Proibição Administrativa, com matriz constitucional, que permite a aplicação das novas normas anticorrupção às ações de Improbidade Administrativa, no que forem compatíveis, principalmente para assegurar maior efetividade na prestação jurisdicional, conforme ensina Luís Otávio Sequeira de Cerqueira (2014). Nesse contexto, o artigo 5º parágrafo único da Lei Anticorrupção inclui os agentes políticos estrangeiros como possíveis sujeitos ativos de atos lesivos à administração pública. Assim, ainda segundo Cerqueira, ficam eles também sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa, desde que esteja presente o prejuízo às entidades públicas ou privadas beneficiadas com verba pública, nos termos do artigo 1º da Lei nº 8.429/92.

A Improbidade Imprópria, por sua vez, pode ser identificada no artigo 3º da lei, que assevera que as disposições da Lei 8.429/92 são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, mas que induza, concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indireta. Ou seja, o particular, pessoa física ou jurídica, mesmo que não possua vínculo ou relação com a Administração Pública, também pode atuar ativamente na prática do ato ímprobo, mesmo que indiretamente, devendo ser responsabilizado.

Há, contudo, que se fazer aqui uma ressalva: o particular nunca responderá isoladamente pelo ato ímprobo, tendo em vista que depende do agente público para praticá-lo, induzi-lo à prática ou mesmo para se beneficiar do ilícito. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, constante na edição nº 38 da “jurisprudência em teses”<sup>4</sup>, a responsabilização de terceiros pessoas está condicionada à prática de um ato de improbidade por um agente público, de forma que, não havendo a participação de um agente público, deverá ser afastada a aplicação da Lei 8.429/92, sujeitando-se o terceiro às sanções previstas em outras disposições legais.

Posteriormente, ao tratarmos dos aspectos processuais, veremos que, nos casos em que restar constatada a efetiva participação do particular na prática do ilícito, quando do ajuizamento da ação judicial de Improbidade Administrativa, o litisconsórcio passivo do particular com o agente público é necessário.

Ainda no tocante a figura do terceiro como sujeito ativo, ressalta-se que é imprescindível a apuração da responsabilidade subjetiva, ou seja, deve-se comprovar que o terceiro agiu com dolo ou erro grosseiro quando da lesão ao patrimônio público ou dolo no caso de enriquecimento ilícito.

Também no artigo 1º e, em seu parágrafo único, a Lei nº 8.429/92 apresenta os sujeitos passivos, vítimas da prática do ato ímprobo.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> É inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.

Acórdãos

[AgRg no AREsp 574500/PA](#).Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA,Julgado em 02/06/2015,DJE 10/06/2015

[REsp 1282445/DF](#).Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA,Julgado em 24/04/2014,DJE 21/10/2014

[REsp 1409940/SP](#).Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 04/09/2014,DJE 22/09/2014

[REsp 1171017/PA](#).Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 25/02/2014,DJE 06/03/2014

[REsp 896044/PA](#).Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Julgado em 16/09/2010,DJE 19/04/2011

[REsp 1181300/PA](#).Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, Julgado em 14/09/2010,DJE 24/09/2010

<sup>5</sup> Art. 1º. (...) a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para

Depreende-se do referido artigo, que toda a Administração Pública, assim como todas entidades privadas que recebam subvenção pública podem ser vítimas da prática de determinado ato ímprobo. A intenção do legislador foi englobar todas as entidades que utilizam recurso público, integral ou parcialmente.

Identificados os sujeitos ativos e passivos da prática de ato de improbidade, seguimos explicando o que disciplina a Lei 8.429/92 que, em seu artigo 4º, obriga os agentes públicos a velarem pelos princípios constitucionais que balizam a Administração Pública, a saber, Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade, expressos no *caput* do artigo 37 da Constituição da República.

Destaca-se que, quando promulgada a Lei de Improbidade Administrativa, o princípio da eficiência ainda não integrava o rol previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição da República, tendo sido nele inserido posteriormente, com a Emenda Constitucional de nº 19 no ano de 1998. Contudo, apesar do princípio da eficiência não integrar o texto do artigo 4º da Lei 8.429/92, tendo em vista se tratar de princípio constitucional expresso, indispensável ao desempenho das atividades exercidas pela Administração Pública, está inserido implicitamente na obrigatoriedade contida no mencionado dispositivo legal.

Ainda no tocante ao dever que possuem os agentes públicos de pautar sua atuação nos princípios acima mencionados, destaca-se que eventual desrespeito aos princípios que regem a Administração Pública, para fins de caracterização de Improbidade Administrativa, prescinde da

---

cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual (...).

Parágrafo único. (...) entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

constatação de prejuízo material, até porque o disposto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92 vincula-se à sanções de cunho moral.

O artigo 5º, por sua vez, traz o cerne da Lei de Improbidade Administrativa. Pode-se dizer que o principal objetivo (mas não o único) da referida lei é o ressarcimento ao erário e, o artigo 5º prevê que, ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano. Ou seja, aquele que causou determinado dano/lesão deve repará-lo.

Luís Otávio Sequeira de Cerqueira (2014) entende que o mencionado dispositivo versa sobre o princípio do pleno ressarcimento do dano, que deve abranger não somente os danos de origem patrimonial, mas também os morais e à imagem.

Para reparação dos danos, importante lembrar que deve haver a comprovação efetiva do dano causado, pois não existe no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de reparação ou indenização por dano presumido. Além disso, deve também haver a comprovação do elemento subjetivo, a saber, dolo, no tocante ao enriquecimento ilícito e violação de princípios, ou culpa, no que concerne ao prejuízo ao erário, tendo em vista a ausência de previsão legal para eventual responsabilidade objetiva nos casos de Improbidade Administrativa.

No que tange à indenização por dano moral, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira ilustra que:

Tendo em vista que tanto a Constituição como a LIA consagram o princípio do pleno ressarcimento ao Erário, ainda que a questão seja objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial, uma vez demonstrada a ocorrência e o nexo causal com a conduta ímproba, deverá ser indenizado também o dano moral.

A súmula 227 do STJ considera plenamente indenizável o dano moral sofrido pela pessoa jurídica e, como bem preleciona Nelson Nery Júnior, este tipo de



dano moral se relaciona mais à imagem daquela pessoa e dos reflexos patrimoniais daí decorrentes. É possível, entretanto, a indenização por dano moral puro à luz da Constituição, na medida em que os incisos V e X do art. 5º da CF/1988 asseguram a reparação do dano moral sem fazer qualquer forma de distinção ou restrição. (CERQUEIRA, 2014, p. 77)

Ainda sobre a possibilidade de indenização por dano moral, Fernando da Fonseca Gajardoni (2014) menciona acerca dos dois posicionamentos existentes, no que diz respeito ao dano moral coletivo. Um primeiro posicionamento, segundo o autor, não reconhece a possibilidade de indenização por danos morais coletivos, fundamentando seu entendimento na incompatibilidade do dano moral com a transindividualidade. Já o segundo posicionamento, conforme explica o aludido autor, defende que o dano moral “deve ser averiguado de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos, distanciando-se quanto aos caracteres próprios das pessoas físicas que compõem determinada coletividade ou grupo determinado de pessoas, sem olvidar que é a confluência dos valores individuais que dão singularidade ao valor coletivo”.

Na especificidade da Improbidade Administrativa, Gajardoni (2014) assevera que o art. 1º, caput da lei nº 7.347/85 “parece bastante claro a este respeito, ao lançar como objeto da ação civil pública a reparação de danos patrimoniais e morais coletivos”, destacando acerca da aplicação integrativa da mencionada lei à ação de improbidade administrativa.

Gajardoni conclui acerca do assunto, lecionando que:

As hipóteses de indenizabilidade do dano moral coletivo em caso de improbidade administrativa, portanto, não podem ser previamente definidas, mas sim à luz do caso concreto e da ofensa, pela conduta, àquilo que temos chamado de *inconsciente coletivo*.

Para o arbitramento do valor indenizatório a título de dano moral difuso, a jurisprudência tem assinalado que deve ser levado em conta a técnica do desestímulo, a fim de que se evitem novas violações aos valores coletivos, a exemplo do que se dá em tema de dano moral individual.

Em outras palavras, o montante da condenação deve ter dupla função: compensatória para a coletividade e punitiva/didática para o ofensor (a fim de que não persista na prática), considerando-se a gravidade da lesão, a situação econômica do agente e as circunstâncias do fato. (GAJARDONI, 2014, p. 355)

Adentrando um pouco na seara dos direitos difusos e coletivos, importante lembrar que o erário é um ente juridicamente personificado que representa o povo (elemento humano do Estado) e a coletividade nele inserida. Ou seja, a reparação aqui tratada é um dano causado ao patrimônio público, cuja titularidade pertence à coletividade, representada por meio do Estado.

Ressalta-se que, como já dito anteriormente, o prejuízo ao erário não é indispensável à configuração da prática da Improbidade Administrativa, tendo em vista as diversas modalidades em que o ilícito pode ocorrer, a exemplo da violação de princípios ou enriquecimento ilícito. Contudo, para que haja o ressarcimento, faz-se necessária a constatação de prejuízo ao erário.

Na sequência, o artigo 6º da Lei nº 8.429/92 prega que, no caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou o terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio. Modalidade de Improbidade Administrativa, o enriquecimento ilícito vem tipificado no artigo 9º da Lei nº 8.429/92, podendo ser traduzido como desvio de recursos, obtenção de vantagem indevida ou apropriação ilegal de bens da Administração Pública, pouco importando a motivação do aludido enriquecimento (exigência, solicitação ou oferta). Como já diz o próprio nome, se é ilícito o enriquecimento do agente, deve ele perder aquilo que incorporou ao seu patrimônio de maneira proibida.

O artigo 7º da Lei nº 8.429/92 dispõe acerca da indisponibilidade de bens para assegurar futuro ressarcimento ao erário.<sup>6</sup> Acerca do assunto, Cerqueira (2014) explica que a prática de ato de Improbidade Administrativa, por si só, não justifica a concessão de medida para bloqueio ou indisponibilidade de bens, pois para tanto devem estar presentes fortes indícios ou provas de prejuízo patrimonial ao Erário e/ou enriquecimento ilícito. Diante disso e, analisando o artigo 7º cumulativamente com o artigo 16, pode-se dizer que as medidas cautelares exigem, basicamente, dois requisitos: *periculum in mora* (perigo na demora) e *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito; indícios de responsabilidade). Ressalta-se que em hipóteses de Improbidade Administrativa, o *periculum in mora* é presumido (*in dubio pro societate*), conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>7</sup>.

O artigo 7º da Lei nº 8.429/92, reforça o que já foi dito em relação ao principal objetivo da Lei de Improbidade Administrativa, a saber, o ressarcimento ao erário. Desta forma, o bloqueio de bens pode ocorrer de maneira preparatória, quando antecedente ao ajuizamento da ação, inclusive com as devidas correções monetárias e juros do valor a ser ressarcido, ou de maneira incidental, quando pedido no bojo da ação principal. Para uma maior efetividade, deve haver o registro da indisponibilidade no Cartório de Registro de Imóveis e Departamento de Trânsito.

Por fim, salienta-se que eventual venda de bem bloqueado configura a prática do crime de fraude à execução, tipificado no artigo 179 do Código

---

<sup>6</sup> Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

<sup>7</sup> REsp 1366721/BA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Og Fernandes, Primeira sessão, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014.

Penal, de maneira que o comprador do bem, ausente boa-fé na espécie, irá perdê-lo.

O artigo 8º da Lei nº 8.429/92 dispõe que, o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações da aludida lei, até o limite do valor da herança.

Pode-se elencar como fundamentos do referido dispositivo o artigo 5º, inciso XLV da Constituição da República, que diz que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido, bem como o artigo 1.792 do Código Civil, que dispõe que o herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança, incumbindo-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.

No tocante a herança constituída por bem de família, a Lei nº 8.009/90 traz em seu artigo 3º, inciso VI que, a impenhorabilidade do bem de família não é oponível a bem que tenha sido adquirido com produto de crime nem em caso de execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. Malgrado referido dispositivo não mencione expressamente como exceção a indisponibilidade de bens em hipótese de Improbidade Administrativa, diante da gravidade do ilícito em questão e, tendo em vista a possibilidade de penhora de bem de família em execução de sentença penal condenatória de ressarcimento bem como o fato de que as sanções previstas na lei 8.429/92 são tão gravosas quanto as penas, poderia haver uma interpretação analógica para possibilitar a indisponibilidade do bem de família no caso em questão, até porque, tratar-se-ia de mera indisponibilidade e não perda. Há ainda que se ressaltar que, é inadmissível justificar a impossibilidade de indisponibilidade e, talvez, perdimento, de um bem sob a justificativa

de se tratar de bem de família, em hipótese de ter sido referido bem adquirido por meio de ato ilícito.

Esgotados os artigos iniciais que trazem as disposições gerais da Lei de Improbidade Administrativa, passaremos a explicar o núcleo da Lei nº 8.429/92, a saber, os artigos que tipificam os atos de Improbidade Administrativa.

O legislador, no artigo 9º da Lei nº 8.429/92, apresentou situações que configuram enriquecimento ilícito, traduzido em vantagem financeira e/ou patrimonial acrescida ao patrimônio do sujeito ativo do ato ímprobo.

Ressalta-se que, o rol elencado pelo legislador, não só nos incisos contidos no artigo 9º, mas também nos artigos 10, 10-A e 11, é taxativo, tendo em vista que o Direito Sancionador, aqui aplicável, possui limitações à interpretação extensiva que extrapole o que está tipificado em lei.

Outra importante observação em relação ao artigo em questão, é que o enriquecimento ilícito somente se configura de forma dolosa, por sujeito ativo descrito expressamente na Lei nº 8.429/92, dispensável o prejuízo ao erário. Exemplo hipotético de enriquecimento ilícito com ausência de prejuízo à Administração Pública, é o caso em que o agente recebe vantagem, seja para praticar ou deixar de praticar determinado ato (ação ou omissão), e não o faz. Não houve prejuízo ao erário, mas o agente recebeu de fato a vantagem, portando, enquadra-se na tipificação constante no artigo 9º da Lei nº 8.429/92.

Importante destacar, que o enriquecimento ilícito se diferencia do enriquecimento sem causa. Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto (2014) explicam que, este encontra respaldo no *caput* do artigo 884 do Código Civil, expondo que, aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. No enriquecimento sem causa, o

sujeito ativo enriquece-se em detrimento do prejuízo de outrem. Prejuízo esse não essencial ao enriquecimento ilícito, conforme já explicado.

O artigo 10 da Lei nº 8.429/92, por sua vez, apresenta as hipóteses de atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário, entendido este, *lato sensu*, como uma perda patrimonial em desfavor da Administração Pública.

Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto explicam que:

O que deve ser entendido é que a finalidade do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa é proteger o erário, o patrimônio público de uma forma ampla, geral.

Há uma sensível mudança de enquadramento, pois aqui são punidos os atos ou omissões que causem lesão, haja ou não ou dolo (dolosos ou culposos), ao contrário das hipóteses do artigo 9º, nas quais o dolo mostra-se indispensável, sem possibilidade de punições a título de culpa. (GOMES JÚNIOR; FAVRETO, 2014, p. 130)

Diante do apontamento acima transcrito, três importantes conclusões merecem ser destacadas. Primeiramente, que a finalidade maior do referido artigo é a proteção do patrimônio público. Secundariamente, que a lesão ao erário é imprescindível ao enquadramento da conduta na tipificação descrita no artigo 10 e, por fim, que referida lesão pode ser punida a título de dolo ou erro grosseiro (sinônimo de culpa grave).

Ressalta-se as hipóteses previstas no artigo 10 da Lei nº 8.429/92 são as únicas passíveis de responsabilização por erro grosseiro.

A despeito do erro grosseiro, destaca-se a Lei nº 13.655/18, que acrescentou, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Dentre os artigos adicionados, o de nº 28 dispõe que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas

em caso de dolo ou erro grosseiro”. Entretanto, a princípio, não havia uma definição legal do que seria o erro grosseiro.

Posteriormente, o Decreto nº 9.830/19 trouxe, em seu art. 12, a definição e as hipóteses passíveis de incidência do erro grosseiro<sup>8</sup>.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal, no informativo de nº 978, quando do julgamento das ADIs de nº 6421, 6422, 6425, 6427, 6428 e 6431 MC (Min. Rel. Luís Roberto Barroso), que questionam a limitação da responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos às hipóteses de erro grosseiro e dolo, frente a atos relacionados à pandemia de COVID-19 (MP 966/20), teceu algumas considerações acerca da configuração de erro grosseiro, firmando a seguinte tese:

1. configura erro grosseiro e ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia por inobservância: (i) de normas e critérios científico e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.
2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos

---

<sup>8</sup> Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por **culpa in vigilando** aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacionais e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem responsáveis por eventuais violações à direitos. (BRASIL, STF, informativo nº 978)

Assim e, conforme entendimento dos autores acima mencionados, não se pode admitir a punição, por Improbidade Administrativa, decorrente de erros simples, oriundos de interpretação ou em caso de ato fundamentado em posições controvertidas na doutrina e jurisprudência. Conforme explicado anteriormente, a Improbidade Administrativa não pode ser entendida como um erro de atuação do agente público, nem como uma mera ilegalidade. Trata-se de violação qualificada do princípio da moralidade, que deve se enquadrar nas modalidades trazidas pela Lei nº 8.429/92 em seus artigos 9º, 10, 10-A e 11.

Acrescentado posteriormente à Lei nº 8.429/92, o artigo 10-A dispõe que, constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o *caput* e o parágrafo 1º do artigo 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

Malgrado o legislador tenha tido a melhor das intenções em tipificar expressamente como ato de improbidade a concessão de benefício tributário irregular no tocante ao Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza, Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto (2014) explicam que referida conduta já estaria abarcada na tipificação contida no artigo 11, inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, que trata da violação de princípios que regem a Administração Pública.

O mencionado art. 8º-A da LC 116/2003 fundamenta-se no artigo 156, parágrafo 3º, I, da Constituição da República, que remeteu à lei complementar a competência para fixar as alíquotas máximas e mínimas do



Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza. Resumidamente, pratica ato de Improbidade Administrativa o agente que conceder, aplicar ou manter o Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza além ou aquém das alíquotas estabelecidas pela Lei Complementar nº 116/2003.

Encerrando a tipificação dos atos de Improbidade Administrativa, o artigo 11 da Lei nº 8.429/92 elenca os atos que constituem violação dos princípios regentes da Administração Pública.

Conforme já explicado, a Improbidade Administrativa possui seu maior fundamento no princípio da moralidade, expresso no *caput* artigo 37 da Constituição da República. Pode-se dizer que, a prática de qualquer ato de improbidade, por si só, já viola diretamente o princípio da moralidade administrativa.

Contudo, o artigo 11 da Lei nº 8.429/92 inclui outros princípios que regem a Administração Pública, que devem ser de observância obrigatória por aqueles que, direta ou indiretamente, lidam com a máquina pública, a saber, honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Ousamos ir além em dizer que o legislador, ao inserir no *caput* do artigo 11 a expressão “atenta contra os princípios da administração pública”, abarca todos os demais princípios que regem a Administração Pública, de forma ampla, expressos constitucionalmente, na legislação infraconstitucional, inclusive de forma implícita, e não somente aqueles expressos no referido dispositivo.

Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto (2014) fazem importante observação no que tange a aplicação residual do artigo 11 da Lei nº 8.429/92 em detrimento dos demais artigos que tipificam os atos de Improbidade Administrativa:

Outro ponto relevante é que a violação às vedações dos arts. 9º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa sempre terá como consequência a desobediência

aos deveres previstos no art. 11. Havendo a vedação do *bis in idem*, deve ser aplicada apenas uma das penas previstas, sempre a para o ato mais grave, atentando para o dever de haver a necessária proporcionalidade (art. 12).

Por tal motivo, é correto afirmar que a incidência das regras do artigo 11 da lei de Improbidade Administrativa será sempre residual frente aos demais tipos, somente incidindo quando não houver a possibilidade de aplicação das regras dos arts. 9º e 10. (GOMES JÚNIOR; FAVRETO, 2014, p. 153)

Fazendo uma analogia com o princípio da consunção ou absorção, oriundo do direito penal, entende-se, também em hipótese de Improbidade Administrativa, inserida na seara do Direito Sancionador, que, no caso de a conduta praticada enquadrar-se em mais de uma tipificação, será imputada ao sujeito ativo a mais gravosa, tendo em vista que esta absorve a conduta mais branda.

Feita essa breve explanação sobre a tipificação dos atos de Improbidade Administrativa, a Lei nº 8.429/92 da sequência, em seu artigo 12, no que concerne as penalidades aplicáveis àqueles que incorrem nas tipificações contidas nos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da mencionada lei.

Primeiramente destaca-se que o artigo 12 preocupou-se com a aplicação das penas proporcionalmente à gravidade do ato praticado. Destaca-se ainda, que a responsabilização prevista na Lei nº 8.42/92 jamais será objetiva, carecendo sempre de análise subjetiva da presença de dolo na conduta do sujeito ativo e, somente nas hipóteses previstas no artigo 10, além da análise do dolo, também do erro grosseiro.

No que tange à responsabilização objetiva, ressalta-se que, nos ditames do artigo 2º da Lei nº 12.846/13, a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada objetivamente pelos atos lesivos tipificados na referida lei. Portanto, enquanto a lei de Improbidade Administrativa prevê que a responsabilidade deve sempre ocorrer sob análise subjetiva, para a lei anticorrupção, as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas de maneira objetiva.

Tendo em vista a existência do Sistema da Probidade Administrativa, conclui-se que há possibilidade da incidência da regra inserida na Lei nº 12.846/13 nas hipóteses da Lei nº 8.429/92, possibilitando a responsabilidade objetiva em hipóteses de Improbidade Administrativa, contudo, somente em relação às pessoas jurídicas.

Quanto às sanções previstas no artigo 12, ressalta-se que não há previsão que obrigue sua aplicação de forma cumulativa, devendo sua aplicação ocorrer de maneira gradativa, a depender da gravidade do ato praticado.

Nesse sentido, Walber de Moura Agra explica:

O caput do art. 12 da Lei de Improbidade, de forma expressa e irrefutável, proclama que ao sujeito do ato de improbidade podem ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, as penalidades descritas em seus incisos, consoante a gravidade, que são: ressarcimento integral do dano, quando houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; multa civil; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios creditícios. As duas últimas cominações foram previstas apenas na legislação ordinária.

(...) não há nenhum empecilho, legal ou lógico, à aplicação isolada ou cumulativa das sanções mencionadas normativamente. A conclusão não poderia ser diferente, haja vista que a dosimetria da reprimenda tem que ser aplicada em consonância com a gravidade do delito praticado, seguindo os auspícios do princípio da proporcionalidade, que impede excessos realizados sob o manto do abuso do poder. Se fosse impositiva a aplicação das sanções de forma cumulativa, a simetria entre a punição e a gravidade do ato estaria estorvada e a arbitrariedade suplantaria a legalidade na aplicação das penalidades da improbidade administrativa. (AGRA, 2017, p. 145-146)

Há também que se falar na independência das instâncias civil, penal e administrativa, de maneira que a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 não configura *bis in idem* no caso de o agente ser também responsabilizado em outra seara, por exemplo.

No que concerne às penas aplicáveis aos atos de Improbidade Administrativa, ressalta-se que tem a Lei nº 8.429/92 como principal preocupação, a obrigatoriedade de ressarcir os danos causados. Nas palavras de Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogerio Favreto (2014), o ressarcimento integral do dano, quando este ocorrer, é o mínimo que o Estado e a sociedade almejam. Conforme mencionado na explicação do artigo 9º, pode haver o enriquecimento ilícito sem a ocorrência de prejuízo econômico ao erário, ocasião em que não há que se falar em ressarcimento.

Salientam ainda os aludidos autores que:

Nos termos de precedente do Superior Tribunal de Justiça, o ressarcimento dos danos não seria uma pena, mas uma obrigação decorrente do dever de reparar, o que leva à necessidade, em princípio, da cumulação desta obrigação com algumas das demais penas: (...) caracterizado o ato de improbidade administrativa, o ressarcimento ao erário constitui mais elementar consectário jurídico, não se equiparando a uma sanção em sentido estrito e, portanto, não sendo suficiente por si só a atender ao espírito da Lei 8.429/92, devendo ser cumulada com ao menos alguma outra das medidas previstas em seu art. 12. (GOMES JÚNIOR; FAVRETO, 2014, p. 176)

Embora esteja no rol das penalidades aplicáveis aos condenados pena prática de Improbidade Administrativa, entende-se que o ressarcimento, bem como a perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente, se tratam da obrigação de devolver a quem de direito àquilo que lhe pertence, não obstante possam caracterizar penalidades nas hipóteses em que não há prejuízo ao erário.

No que tange à perda da função pública, assim como a proibição de contratar com o poder público, a Administração Pública não deve ter em seus quadros nem se relacionar com aquele que possui conduta imoral, inidônea e ausente de ética, diante da incompatibilidade dessas condutas com o exercício de suas funções.

Acerca da suspensão dos direitos políticos, tem-se uma imensa afetação da vida política do condenado por ato de improbidade, que não poderá eleger-se para cargo público, perderá eventual cargo público que ocupar, tendo em vista que, para tanto, deve estar no pleno gozo e exercício de seus direitos políticos e, por fim, perderá o direito de votar.

Importante lembrar, que a suspensão dos direitos políticos possui gradação diferenciada para cada hipótese de Improbidade Administrativa tipificada na Lei nº 8.429/92. Para as hipóteses de enriquecimento ilícito (artigo 9º), consideradas as mais graves, a suspensão poderá ser de oito a dez anos. Quanto as hipóteses de prejuízo ao erário (artigo 10) e de concessão irregular de benefício tributário de ISS (artigo 10-A), a suspensão pode ser decretada de cinco a oito anos. Nas hipóteses que configurem violação de princípios (artigo 11), a suspensão dos direitos políticos poderá ser decretada de três a cinco anos.

Uma observação acerca da sanção de suspensão dos direitos políticos, é que se trata de suspensão (por tempo determinado) e não cassação (caráter perpétuo).

A multa civil, por sua vez, possui a função de fazer com que o condenado tenha um prejuízo de natureza financeira, além da obrigação de ressarcir, podendo ter como base de cálculo o valor do dano, da remuneração percebida pelo agente público, ou o acréscimo patrimonial, a depender da tipificação da conduta.

Por fim, no que cabe às sanções aplicáveis àqueles que praticam ato de Improbidade Administrativa, importantíssimo destacar a possibilidade da condenação por dano moral coletivo.

É sabido que todo aquele que violar direito alheio possui a obrigação de indenizar os danos causados.

Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu critérios para balizar a possibilidade de condenação por dano moral coletivo, a saber: ato

ilegal, repercussão do ato ilegal e razoável repercussão. Para tanto, deve haver um juízo de valoração acerca da afetação que o ato ilegal produziu de maneira difusa.

Nessa perspectiva, Xisto Tiago de Medeiros Neto (2007) explica acerca do assunto:

Neste sentido o Enunciado n.º. 456 das Jornadas de Direito Civil CJF/STJ, com o seguinte teor, invocado em precedente mais recente: *"A expressão 'dano' no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas"*. Já aqui a discussão deve ser travada sob outro ângulo. Apesar de termos como possível a condenação por dano moral coletivo no caso da Lei de Improbidade Administrativa<sup>1</sup>, a mesma não pode ser imposta de forma ampla e automática.

Como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça: "Com base nesse entendimento, há de se entender presente o cabimento de pedido de condenação por dano moral no âmbito de ação de improbidade movida pelo Ministério Público, pois a Lei de Ação Civil Pública sustenta tal pedido como direito coletivo, mormente após a edição da Lei 8.884/94, que o explicitou".<sup>1</sup>

Apesar de estar ausente previsão legal expressa dentre as penas que podem ser cominadas, o fato é que há determinação para a reparação dos danos, obviamente incluindo eventuais danos morais. (MEDEIROS NETO, 2007, p. 121)

Dando sequência ao que traz a Lei n.º 8.429/92, o artigo 13 da lei em comento disciplina sobre a declaração de bens, dispondo que a posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente. Ou seja, ao menos em tese, se o agente público se recusar a apresentar referida declaração, não poderá ser empossado no cargo a ser assumido, diante da ausência de um dos requisitos para tanto.

Tal preocupação do legislador reputa-se bastante pertinente, haja vista que eventual evolução patrimonial do agente público, desproporcional aos valores que percebe, é forte indício de enriquecimento ilícito que, caso constatado, será punido com pena de demissão, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

Do artigo 14 ao 18 da Lei nº 8.429/92, o legislador regulamentou o processo administrativo, bem como o judicial. Inicialmente, acerca do processo administrativo, o artigo 14 dispõe que qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

Não existem formalidades para a representação, de maneira que, qualquer pessoa, ciente da prática de eventual ato de Improbidade Administrativa e que deseje comunicar aos responsáveis pela investigação pode fazê-lo. Essa ampla faculdade de representação conferida a qualquer pessoa integrante da sociedade não deixa de ser um mecanismo popular de controle da Administração Pública, assim como previsto na Ação Popular do artigo 5º, LXXIII da Constituição da República. Contudo, referida representação, caso seja feita verbalmente, será reduzida a termo, e deverá conter a qualificação do representante.

Conquanto ao particular seja facultada a representação, o agente público, por sua vez, ciente da prática de ato de Improbidade Administrativa, possui o dever de comunicar a autoridade competente, nos ditames dos artigos 6º e 7º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), aplicável nas hipóteses de Improbidade Administrativa por força do microsistema de processo coletivo.

Ainda no tocante à representação, embora o artigo 14 em seu parágrafo primeiro disponha expressamente sobre a obrigatoriedade de conter na representação a qualificação do representante, as autoridades competentes não poderão deixar de apreciar representação que verse sobre a

possibilidade de ilícito em desfavor do patrimônio público. Acerca desse entendimento, a Resolução 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público dispõe em seu artigo 2º, parágrafo 3º que o conhecimento por manifestação anônima, justificada, não implicará ausência de providências, desde que obedecidos os mesmos requisitos para as representações em geral, constantes do artigo 2º, II, da referida resolução.

A autoridade, por sua vez, poderá rejeitar a representação quando ausentes os requisitos acima informados, desde que de maneira fundamentada. Presentes os requisitos, a autoridade procederá com a investigação dos fatos informados, devendo comunicar ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade, conforme prevê o artigo 15, da Lei nº 8.429/92.

Importante destacar que, conforme expresso constitucionalmente no artigo 5º, LIV, da Constituição da República, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.

Quanto a investigação no âmbito ministerial, inquérito civil, recomendação e termo de ajustamento de conduta serão tratados em capítulo específico desta pesquisa.

Caso queira, o Ministério Público poderá designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.

Nesse sentido, o artigo 16 da Lei nº 8.429/92 traz entendimento acerca da necessidade de sequestro de bens antecedente à eventual Ação de Improbidade Administrativa, dispondo que, havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público.



O artigo 16 da Lei de Improbidade Administrativa vem, mais uma vez, confirmar o que já foi mencionado no tocante ao principal objetivo da Lei de Improbidade Administrativa: o ressarcimento ao erário.

Nesse sentido, dispõe referido artigo, em seu parágrafo segundo que, quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais. Isso tudo na tentativa de que o agente público ou terceiro que venha a praticar atos de Improbidade Administrativa preserve seu patrimônio para que possa devolver à Administração Pública o que lhe pertence e fique impedido de praticar a denominada fraude em execução, desviando, ocultando ou vendendo o que obteve por meio do ilícito.

Já adentrando num prisma processual contencioso, ressalta-se que o pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos artigos 822 e 825 do Código de Processo Civil. Embora traga a Lei nº 8.429/92 alguns aspectos processuais atinentes à Ação de Improbidade Administrativa e eventuais medidas cautelares antecedentes e incidentais a ela aplicáveis, por se tratar de ação judicial civil, o legislador previu a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Em caso de concretização da medida cautelar, deverá a ação principal ser proposta nos trinta dias subsequentes à referida efetivação, nos ditames do *caput* do artigo 17 da Lei em questão. O mencionado dispositivo também determina que a ação principal deverá ser ajuizada pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada (facultado o litisconsórcio) e tramitará pelo “rito ordinário”, atualmente denominado pelo Código de Processo Civil de 2015 como procedimento comum.

Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto explicam, acerca da Ação de Improbidade Administrativa que:

(...) a Ação de Improbidade Administrativa nada mais é do que uma espécie de Ação Civil Pública, com a aplicação não só das regras da lei 7.347/1985, como de todo o Sistema Único Coletivo, sendo o Código de Processo Civil a última fonte, somente aplicável quando não encontrada resposta nos demais textos legais que disciplinam o processo coletivo, como a Ação Popular (lei 4.717/65), por exemplo.

Não se pode ignorar que a Constituição Federal adotou o termo *ação civil pública* para a ação coletiva utilizada na defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, sendo que o patrimônio público e social, lesado ou ameaçado de lesão, é um dos exemplos (art. 129, III, da CF/1988). (GOMES JÚNIOR; FAVRETO, 2014, p. 306)

Se analisadas a fundo, pode-se perceber que há perfeita compatibilidade da Lei de Improbidade Administrativa com a Lei da Ação Civil Pública, seja pelo objeto material a ser tutelado, bem como pelos ditames processuais que balizam a ação judicial.

Uma observação pertinente acerca da Ação de Improbidade Administrativa é que, independentemente de quem seja o réu, referida ação será sempre proposta em juízo de primeira instância, no local onde ocorreu o dano, não havendo que se falar em foro por prerrogativa de função, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das ADIs nº 2.797 e nº 2.860, nas quais foi declarada a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP, inseridos pela Lei nº 10.628/02, não havendo prerrogativa de foro nas Ações de Improbidade Administrativa.

O art. 17, parágrafo 1º da lei nº 8.429/92, cerne da presente pesquisa e, recentemente alterado pela Lei nº 13.964/19, atualmente prevê que as ações de Improbidade Administrativa admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

Não obstante referido dispositivo será, adiante, amplamente debatido, ressalta-se aqui, de maneira bem breve que, até a promulgação da lei

13.964, no ano de 2019 (pacote anticrime), ou seja, vinte e sete anos após a promulgação da Lei de Improbidade Administrativa, o parágrafo primeiro do artigo 17 possuía em sua redação a vedação de qualquer espécie de transação, acordo ou conciliação nas ações de Improbidade Administrativa. Isso porque, tendo em vista que o objeto tutelado pela Lei nº 8.429/92 é o patrimônio público *lato sensu*, entendia-se que diante da indisponibilidade do patrimônio e do interesse público, trazidas como princípios do Direito Administrativo, não seria possível transacionar, de maneira a “dispor” de um objeto indisponível.

Em um capítulo específico para tanto, será demonstrado que a mudança trazida pelo legislador no pacote anticrime era mais do que necessária e que, em hipótese alguma, o Estado disporá de seu patrimônio para negociar com aqueles que o causam lesão.

Ainda no tocante a ação judicial de Improbidade Administrativa, importante lembrar que o Ministério Público, quando não for o autor da ação, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica, sob pena de nulidade dos atos praticados sem sua ciência.

Para o ajuizamento da ação não é necessária prova robusta acerca da prática de improbidade de maneira que apenas indícios são suficientes para sua propositura. Em caso de impossibilidade de apresentação de documentos que comprovem referidos indícios, poderá o autor da ação apresentar razões fundamentadas que justifiquem a impossibilidade de apresentação de provas.

Preenchidos os requisitos, o juiz, antes de receber a petição inicial, ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito (defesa prévia), que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. Recebida a defesa prévia, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, poderá rejeitar a

ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Caso contrário, receberá a petição inicial, ordenando a citação do réu para apresentar contestação. Destaca-se que, da decisão que recebe a petição inicial cabe o recurso de agravo de instrumento.

O parágrafo 10-A do artigo 17, também incluído na lei 8.429/92 pela lei 13.964/19, no sentido de incentivar as soluções consensuais de conflitos, dispõe que, havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.

Malgrado a Ação de Improbidade Administrativa seja uma ação civil, regida pela Lei nº 8.429/92, pelas leis que integram o microsistema de processo coletivo e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil, aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos pela Lei nº 8.429/92, aplica-se o disposto no art. 221, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal.

Referida observação diz respeito à oitiva de determinados agentes políticos (Presidente, Vice-Presidente da República, senadores, deputados federais, ministros de Estado, governadores de Estados, secretários de Estado, prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, deputados das Assembleias Legislativas Estaduais, membros do Poder Judiciário, ministros e juízes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e do Tribunal Marítimo) que poderá ser realizada em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz. O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão ainda optar pelo depoimento por escrito, ocasião em que as perguntas formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, serão a eles encaminhadas por ofício.

No que dispõe a Lei nº 8.429/92 acerca do procedimento judicial, o artigo 18 da lei em questão diz que, a sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilícitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito. É mais um dispositivo da Lei nº 8.429/92 que vem reforçar a obrigatoriedade de ressarcimento ao erário.

Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogerio Favreto (2014) entendem que existe uma nova categoria de coisa julgada, denominada *secundum eventum litis probationes*, já que a existência ou não de prova é que tornará realmente imutável a coisa julgada, impedindo a repositura da mesma demanda. Explicam ainda os referidos autores, que esse sistema é antigo e já previsto desde a Lei da Ação Popular (art. 18 da Lei nº 4.727/65).<sup>9</sup>

A Improbidade Administrativa também possui eventuais desdobramentos penais, inseridos nos artigos 19 ao 22 da Lei nº 8.429/92.

Como mencionado na explicação do artigo 14 da Lei nº 8.429/92, a representação às autoridades competentes acerca de eventual prática de Improbidade Administrativa é livre. Contudo, deve o representante se atentar que, nos ditames do artigo 19 da Lei de Improbidade Administrativa, constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente, cuja pena é de detenção de seis a dez meses e multa. Além disso, o denunciante deverá indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que tiver dado causa.

Na sequência, o artigo 20 da lei nº 8.429/92 determina que as penalidades de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos só

---

<sup>9</sup>Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Importante destacar, conforme trazido no art. 20, parágrafo primeiro da lei nº 8.429/92, a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual. Ou seja, a regra é que a perda do cargo, emprego ou função ocorra somente após o trânsito em julgado de sentença condenatória. Todavia, para garantir que o processo tenha seu regular processamento sem interferência do réu, este pode ser afastado de seu cargo, emprego ou função para que não haja prejuízo no curso do procedimento.

A aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 independe de efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento, conforme já explicado anteriormente, bem como independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas, conforme dispõe o artigo 21 da mencionada lei.

Já foi mencionado acerca da independência das instâncias civil, penal e administrativa, de maneira que um ato de Improbidade Administrativa pode ser concomitantemente responsabilizado em outras searas por também configurar ilícitos nelas tipificados. Nesse sentido, o legislador mencionou no artigo 22 da Lei de Improbidade Administrativa que, para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no artigo 14 da Lei nº 8.429/92, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

No que diz respeito a prescrição, a Lei nº 8.429/92 determinou, em seu artigo 23, que as Ações de Improbidade Administrativa prescrevem:

(a) em até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; (b) dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego; (c) em até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

Importante destacar aqui o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal no que concerne à imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. O ressarcimento dos danos e a devolução dos bens e valores acrescidos ao patrimônio do agente ilicitamente podem ser classificados, não como uma sanção ou penalidade, mas como um mecanismo para reaver o montante subtraído/danificado da Administração Pública pelo ato ímprobo, conforme já explicado. Tanto é, que o ressarcimento não precisa ocorrer obrigatoriamente no bojo da Ação de Improbidade Administrativa, podendo ser pleiteado por meio da Ação Autônoma, de cunho civil, de Ressarcimento ao Erário.

A respeito da temática, Walber de Moura Agra entende que:

No que tange ainda às especificidades da sistemática punitiva de ato ímprobo, saliente-se que o parágrafo quinto do artigo 37 da CRFB/88 pôs a ação de ressarcimento de dano na esfera de ato imprescritível, excepcionando tal consequência em relação à regra geral da prescritebilidade. Tem-se que em relação ao patrimônio estatal deve ser aplicada essa prerrogativa especial do Poder Público, haja vista a imprescritebilidade da necessidade de proteção dos interesses coletivos.

(...)

Entretanto, seguindo o próprio comando normativo, a imprescritebilidade apenas é regra para o ressarcimento ao Erário, ou seja, para reaver o montante que fora subtraído da Administração Pública pelo ato ímprobo. Com relação ao restante das penalidades, tais quais a perda dos bens ou valores acrescidos

ilicitamente ao patrimônio, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, vive a regra da prescribibilidade. (AGRA, 2017, p. 197)

O Tema 897 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal trata acerca da imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário, decorrentes de atos de improbidade administrativa. Por maioria de votos, o plenário do referido tribunal fixou a seguinte tese para fins de repercussão geral “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”<sup>10</sup>.

Desta forma, embora a regra vigente no ordenamento jurídico brasileiro seja a prescribibilidade, levando-se em conta a segurança jurídica e que o titular do direito não pode detê-lo *ad eternum* diante de sua inércia/negligência, o ressarcimento ao erário, seja nas Ações de Improbidade ou em ações autônomas de ressarcimento, é imprescritível.

Encerrando a lei 8.429/92, o artigo 24 determina a vigência imediata da Lei de Improbidade Administrativa, não prevendo período de *vacatio legis* e, o artigo 25 revoga as Leis nº 3.164/57 e 3.502/58, que disciplinavam o antigo procedimento de sequestro e perdimento de bens em hipóteses de enriquecimento ilícito por influência ou abuso de cargo ou função.

Após essa abordagem introdutória à figura jurídica da Improbidade Administrativa, seu conceito, surgimento, fundamentação, aspectos materiais, processuais e atual regulamentação, avancemos ao capítulo seguinte para explicar a probidade administrativa como um direito difuso fundamental à coletividade brasileira.

---

<sup>10</sup> STF. Plenário. RE 852475/SP, Rel. orig. Min. Alexandre de Moraes, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 08/08/2018.



## **O patrimônio público, a moralidade e a probidade administrativa como direitos fundamentais, difusos e indisponíveis**

A Constituição da República de 1988 trouxe em seu rol de Direitos Fundamentais, especificamente nos incisos do art. 5º, o patrimônio público, a moralidade e a probidade administrativa. Não obstante sejam direitos fundamentais, são também direitos difusos, tendo em vista que sua titularidade pertence à toda coletividade *latu sensu*, bem como indisponíveis, diante da indisponibilidade do interesse público, decorrente justamente de sua titularidade.

Nesse capítulo, apresentaremos um panorama geral sobre direitos fundamentais, bem como sobre direitos difusos, abordando, especificamente, a moralidade e probidade administrativa e o patrimônio público e sua inserção nos direitos fundamentais, difusos e indisponíveis.

### **2.1. Dos Direitos Fundamentais**

Primeiramente, imperiosa se faz a menção de que a atual Constituição da República, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2006), foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a utilizar a expressão “*direitos e garantias fundamentais*” que abrange, conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2015), várias espécies de direitos e deveres, individuais e coletivos, a exemplo dos direitos sociais, inclusive os dos trabalhadores, direitos de nacionalidade, direitos políticos, dentre outros.

Os direitos e garantias fundamentais, positivados constitucionalmente em nosso ordenamento jurídico no título II, capítulo I, da

Constituição da República, são direitos tanto individuais quanto coletivos que possuem como dogma justificante a noção de dignidade da pessoa humana.

Destaca-se, *a priori*, a correta utilização das expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Objeto de Direito Internacional Público, os Direitos Humanos são, nos dizeres de Valério Mazzuoli (2019), “tecnicamente, aqueles que visam tutelar os atributos essenciais a uma vida humana digna”, a exemplo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e, para tanto, são garantidos por normas de índole internacional, tais como tratados ou declarações celebradas entre Estados. Os direitos fundamentais, por sua vez e, também conforme o aludido autor, “são aqueles que também objetivam a proteção de direitos essenciais à vida humana digna, contudo, encontram-se positivados no plano interno de cada Estado, precipuamente nas Constituições, visando garantir a proteção interna de seus cidadãos”.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero explicam que:

O termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram a validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal.

Neste contexto, vale lembrar a lição de Antônio E. Perez Luño, para quem o termo “direitos humanos” acabou tendo contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo

de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico de Estado de Direito. Assim, ao menos sob certo aspecto, parece correto afirmar, na esteira de Pedro Cruz Villalon, que os direitos fundamentais nascem e acabam com as constituições, resultando, de tal sorte, da confluência entre a noção (cultivada especialmente no âmbito da tradição filosófica jusnaturalista) de direitos naturais do homem e da própria ideia de constituição. (LUÑO e VILLALON *apud* SARLET, MARINONI E MITIDIERO, 2015, p. 314)

Em suma, direitos humanos e direitos fundamentais tutelam e promovem, basicamente, o mesmo objeto, a saber, a dignidade da pessoa humana, diferenciando-se, precipuamente, no plano (interno ou externo a cada Estado) em que são positivados e aplicados.

José Afonso da Silva (2005), apesar de afirmar que “a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso”, admite que “direitos do homem constitui a expressão mais adequada ao estudo” sob a justificativa de que:

(...) além de referir-se à princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo, fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o título II da

Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17.

A expressão direitos fundamentais do homem, como também já deixamos delineado com base em Pérez Luño, não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem. Ao situarmos sua fonte na soberania popular, estamos implicitamente definindo sua historicidade, que é precisamente o que lhes enriquece o conteúdo e os deve pôr em consonância com as relações econômicas e sociais de cada momento histórico. A Constituição, ao adotá-los na abrangência com que o fez, traduziu um desdobramento necessário da concepção de Estado acolhida no art. 1º: Estado Democrático de Direito. O fato de o direito positivo não lhes reconhecer toda a dimensão e amplitude popular em dado ordenamento (restou dar, na Constituição, consequências coerentes na ordem econômica) não lhes retira aquela perspectiva, porquanto, como dissemos acima, na expressão também se contém princípios que resumem uma concepção do mundo que orienta e informa a luta popular para a conquista definitiva da efetividade desses direitos. (SILVA, 2005, p. 86-87)

Embora sejam comumente enxergados somente sob o prisma de direitos e garantias individuais de proteção de liberdades, a exemplo da vida e privacidade, destaca-se, a partir das lições de José Afonso da Silva (2005), a amplitude dos direitos fundamentais, ultrapassando a esfera dos direitos privados.

Axioma dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana pode ser entendida como a “qualidade moral, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida”, conforme define De Plácido e Silva (2007).

Nesse sentido, Sarlet (2006), explica que:

Consagrado expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte

de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. (SARLET, 2006, p. 65)

Importante mencionar ainda a evolução histórica dos direitos humanos/fundamentais em suas dimensões, visando possibilitar, de forma clara, a alocação dos direitos coletivos *latu sensu* e, conseqüentemente, da probidade administrativa, como direitos fundamentais/humanos.

Valério de Oliveira Mazzuoli (2019) explica que “a triangulação dos direitos humanos em dimensões é atribuída a Karel Vasak”, mencionando também que Vasak teria se inspirado nos ideais da Revolução Francesa, a saber, liberdade, igualdade e fraternidade que, em 1979 foram o resultado da insatisfação do indivíduo em relação à opressão do Estado Absolutista, dando início à idade contemporânea.

Paulo Bonavides (2004) aborda cada uma das dimensões de direitos, explicando, no que diz respeito à primeira dimensão, a compreensão dos direitos de liberdade *latu sensu*, a exemplo dos direitos civis e políticos, cujo titular é o indivíduo, sendo, então, oponíveis ao Estado. Ocorre, portanto, um absentéismo, um “não fazer estatal”, conferindo aos indivíduos uma igualdade formal, ou seja, perante à lei. A Magna carta de 1215, na Inglaterra, consagrou pela primeira vez os direitos de liberdade e propriedade, seguida do Bill of Rights também na Inglaterra, da Declaração dos direitos do homem e do cidadão na França e da Declaração do povo (ou bom povo) da Virgínia, nos Estados Unidos. No Brasil, foram os direitos fundamentais de primeira dimensão positivados inicialmente nas Constituições 1824 (Constituição do Império) e de 1891 (Constituição da República).

A despeito da segunda dimensão, Bonavides (2004) ensina que compõe-se dos direitos de igualdade, *latu sensu*, a saber, os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo do Estado social, destacando que seu surgimento decorre, tanto da ideologia, quanto da reflexão antiliberal do século XX. Desta forma, tem-se uma atuação positiva do Estado (tem-se o “fazer estatal”) para garantir os direitos de seus indivíduos, e consagrar a igualdade material, ou seja, de fato. Exemplos de documentos que positivaram os mencionados direitos são a Constituição Mexicana, Constituição de Weimar (Alemanha) e o Tratado de Versalhes. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a consagrar os direitos trabalhistas, exemplo de direitos de segunda dimensão.

A terceira dimensão, por sua vez, possui seus direitos assentados no princípio da fraternidade, a exemplo do direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade, nos dizeres de Bonavides (2004). Importante mencionar também que os direitos de terceira dimensão emergem no pós segunda guerra mundial, momento de reconstrução dos Estados dilacerados. Tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, como documento de maior relevância para discutir a internacionalização dos direitos humanos e, no Brasil, a Constituição de 1946, positivando direitos relativos aos direitos humanos (paz, meio ambiente saudável, digno e proveitoso, autodeterminação dos povos) e, posteriormente, a de Constituição de 1988 alargou esse rol de direitos.

Destaca-se que, no que tange à segunda e terceira dimensão, há divergência doutrinária acerca da alocação dos direitos coletivos. Não obstante Valério Mazzuoli (2019) entenda estarem os direitos coletivos presentes já na segunda dimensão, parte da doutrina, a exemplo de

Bernardo Gonçalves Fernandes (2019) e Gregório Assagra (2008), entendem estar presentes os direitos coletivos na terceira dimensão.

Nesse sentido, Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade entendem que:

Os direitos humanos de segunda e terceira gerações caracterizavam-se por possuírem uma dimensão coletiva, ou seja, por consagrarem interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas, quando não de toda a humanidade, diferenciando-se dos direitos tipicamente individuais, reconhecidos no interesse da autonomia privada (disciplinados, p. ex., no direito civil e no direito comercial), bem como dos direitos tipicamente públicos (regrados, p. ex., no direito administrativo e no direito penal). (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2019, p. 6)

Apesar da divergência de entendimentos acerca do surgimento e alocação dos direitos coletivos *latu sensu*, entendo que os mencionados direitos encontram-se presentes a partir da segunda dimensão, podendo-se atribuir à ela o início do reconhecimento e da existência de direitos coletivos e, à terceira dimensão, o aprofundamento do reconhecimento dos mencionados direitos. Pode-se dizer ainda, que os direitos sociais, econômicos e culturais da segunda dimensão, tratam-se de direitos coletivos *strictu sensu*, ao passo que os direitos de terceira dimensão, a exemplo do meio ambiente e patrimônio comum da humanidade, são direitos difusos ou coletivos *latu sensu*.

A quarta dimensão de direitos humanos/fundamentais diz respeito aos direitos relacionados à solidariedade que, segundo Bonavides, resulta da globalização dos direitos fundamentais, de sua expansão e sua abertura além-fronteiras, a exemplo do direito à democracia (neste caso, direta), direito à informação e o direito do pluralismo, concluindo acerca da dependência “da concretização da sociedade aberta do futuro, em sua

dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

Por derradeiro, Bonavides (2004), destaca, que, atualmente, tem-se a quinta dimensão de direitos humanos/fundamentais, fundada na concepção da paz no âmbito da normatividade jurídica a qual configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais.

No que diz respeito às dimensões de direitos humanos/fundamentais, Mazzuoli (2019) destaca a existência de dissenso acerca do reconhecimento da existência da quarta e quinta dimensões. Isso decorre da complexidade presente nas mencionadas gerações, bem como da ausência de normas disciplinadoras específicas.

No que concerne aos direitos fundamentais, sob a ótica de sua incidência no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode deixar de mencionar o entendimento de Gregório Assagra de Almeida, acerca da irradiação vinculatória dos direitos constitucionais fundamentais sobre todo o sistema jurídico, bem como sobre todos os operadores do Direito. Nos dizeres de Gregório:

Em um Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias constitucionais fundamentais compõem o núcleo da Constituição e, por isso, possuem eficácia irradiante para o legislativo, o executivo e o judiciário, bem como a todas as outras pessoas individuais ou coletivas. Eles funcionam como diretrizes da ordem jurídica constitucional e dos seus respectivos modelos explicativos. (ALMEIDA, 2008, p. 335)

Nesse sentido, importante mencionar Konrad Hesse (1991), enfatizando que “a função diretriz da Constituição consiste, sobretudo, em dotar os direitos fundamentais de força vinculante para todo o ordenamento jurídico”, isso porque Hesse, em sua obra, se contrapõe a todo tempo à



concepção sociológica de Constituição defendida por Ferdinand Lassale, que denomina a constituição instrumentalizada em papel como “Constituição folha de papel”, que sucumbe perante a “Constituição real” (sociológica), desprestigiando o documento jurídico, em prol dos fatores sociais, a exemplo do econômico, militar e religioso. Contudo, apesar de reconhecer a existência dos fatores reais de poder, Hesse (1991) defende que a constituição detém força normativa e jurídica, tendo em vista que a sociedade carrega o sentimento de que a constituição a condiciona.

Sob o prisma da força normativa da Constituição, defendido por Hesse (1991) e, no que diz respeito aos direitos fundamentais nela positivados, Gregório destaca que “a Constituição contribui profundamente para a garantia da existência de um ordenamento jurídico moralmente reto”.

Nesse sentido, Robert Alexy exemplifica a irradiação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico alemão, abordando a orientação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, para enfatizar que:

As normas de direitos fundamentais contêm não só direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente ao Estado, mas representam, ao mesmo tempo, uma ordem valorativa objetiva que vale para todos os âmbitos do Direito e proporciona diretrizes e impulsos para a legislação, a administração e a justiça. (ALEXY, 2002, p. 507)

Desta forma, tendo em vista ser a Constituição a norma fundamental de um Estado, todos aqueles que nele habitam, pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, individuais ou coletivas, devem pautar sua atuação nos direitos e garantias constitucionais fundamentais. De igual forma, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional deve estar de acordo com a Constituição, devendo obediência aos parâmetros fundamentais nela inseridos que, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes

(2012), “formam o alicerce do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito”.

Assim, Gregório conclui que:

Toda interpretação dos direitos fundamentais liga-se, necessariamente, a uma teoria dos direitos fundamentais e esta a uma teoria da Constituição. Ambas vinculam-se a uma teoria do Estado, da Constituição e da cidadania, as quais formam uma ideologia que torna compreensíveis as próprias teorias. Dessas concepções, nasce o fundamento teórico que faz da legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais os valores da ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição. (ALMEIDA, 2008, p. 337)

Feitas essas breves considerações sobre os direitos fundamentais, sua evolução, constitucionalidade, aplicação e irradiação obrigatórias no ordenamento jurídico, passemos a tratar dos direitos coletivos *latu sensu*.

## **2.2. Dos direitos coletivos**

Inicialmente, faz-se necessária uma breve contextualização histórica para explicar o surgimento dos direitos coletivos e seu posterior desenvolvimento, que acompanhou a evolução da humanidade.

Conforme já demonstrado, as dimensões de direitos fundamentais representam uma evolução histórico-jurídica de direitos, sob uma visão geral da humanidade. Tem-se na primeira dimensão, a garantia de direitos meramente individuais, necessários à época das revoluções Francesa e Americana (séculos XVIII e XIX), em virtude ao absolutismo que até então vigorava. Consagrados os direitos individuais e, passado algum tempo, as necessidades dos indivíduos já eram outras. Na segunda dimensão de direitos, há a necessidade da assistência social por parte do Estado em face

da população, que não consegue suprir suas necessidades sozinha. O Estado Social de Direito possuía a obrigação de tutelar e promover determinados direitos para melhoria das condições de vida e trabalho de seus cidadãos. Com a posterior e inevitável evolução da humanidade, surgem os direitos de terceira dimensão (solidariedade e fraternidade), notadamente aqueles massificados ou coletivos *latu sensu*, cujos titulares são indeterminados. Gregório Assagra (2008) destaca que, a partir da terceira dimensão “há o rompimento com a titularidade exclusivamente individual. A tutela jurídica passa a abranger pessoas indetermináveis ou indeterminadas”.

Nessa esteira, Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2019) explicam o surgimento do direito coletivo, num aspecto global, a partir das mudanças socioeconômicas ocorridas no século XX e seus reflexos no direito. Tem-se, inicialmente, a Revolução Industrial (século XVIII) como marco da produção em massa e conseqüente urbanização, abundância de mão de obra, mercado consumidor e decorrente aumento da produção. O avanço da medicina, já no século XX, contribuiu significativamente para uma “explosão demográfica sem precedentes, o que contribuiu para uma demanda ainda maior por produtos industrializados”. Soma-se a isso, conforme explicam os mencionados autores:

(...) o desenvolvimento dos meios de comunicação em massa, compondo-se o ambiente ideal para o surgimento de um novo modelo de sociedade, denominada “sociedade de massa”, cujas principais características são a produção em massa (industrial, agrícola, energética) e o consumo em massa e, para ligar a produção ao consumo, os contratos de massa (de adesão ou de consumo). Paralelamente, viu-se a necessidade do desenvolvimento de um transporte de massa. (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2019, p. 8)

Evidente que a mencionada evolução da humanidade tem, como contrapartida, o desenvolvimento de um arcabouço jurídico material e processual para acompanhá-la, de maneira que as normas jurídicas que antes tutelavam direitos meramente individuais não mais eram suficientes para satisfazer a demanda coletiva.

No século XX, tem-se um problema: diante da mencionada evolução, os direitos coletivos *latu sensu* vem cada vez mais ganhando espaço, porém, não contavam com a respectiva evolução processual, para que pudessem ser tutelados e promovidos. O modelo processual individualista mostra-se insuficiente para salvaguardar o direito material coletivo existente.

Inúmeros são os diplomas legais que versam sobre direito material coletivo, a exemplo de todos aqueles que garantem a proteção do meio ambiente, dos consumidores, minorias e grupos vulneráveis em geral, dentre outras áreas que caracterizam-se como coletivas.

Contudo, pairava o questionamento acerca da conceituação e alocação do direito coletivo, a vista da existência, até então, da *summa divisio* clássica e dicotomia, herdada do Direito Romano, em que o Direito se dividia apenas entre Público e Privado, diante da insuficiência metodológica e principiológica.

Nessa perspectiva e, contextualizando o direito coletivo no ordenamento jurídico brasileiro, Gregório Assagra (2008) defende uma nova classificação que supera a concepção dicotômica (superação da *summa divisio* clássica), enquadrando o direito coletivo no Brasil como uma categoria constitucional fundamental, propondo, desta forma, uma nova *summa divisio* constitucionalizada (divisão do direito entre coletivo *latu sensu* e individual).

Gregório afirma que a *summa divisio* clássica não foi recepcionada pela Constituição da República, tendo em vista que não se sustenta em um

Estado Democrático de Direito, de maneira que a “summa divisio constitucionalizada relativizada no país é direito coletivo e direito individual”, fundamentando a mencionada afirmação sob o argumento de que:

O constitucionalismo democrático pós-positivista, os direitos e garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem irradiar todo o sistema jurídico, de forma a constituírem-se a sua essência e base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e até mesmo do particular. (ALMEIDA, 2008, p. 380)

O autor acrescenta também que, tratando-se o Brasil de um Estado Democrático de Direito, constitucionalmente assim definido:

(...) tal forma de Estado existe porque a sociedade, democraticamente, organizou-se e o constituiu, de modo que o Estado Democrático de Direito encontra-se inserto na Sociedade, firmando-se como incompatível, com o sistema pátrio, o dualismo clássico, muito difundido no contexto do Estado Liberal de Direito, que parte da premissa de que existe uma separação estanque entre Estado e Sociedade. (ALMEIDA, 2008, p. 381)

Com essa nova perspectiva, pode-se dizer, de acordo com o entendimento de Gregório, que “o Direito Público está inserido, com algumas exceções, dentro do Direito Coletivo, como um de seus capítulos” e, de igual forma, “a designação Direito Privado se insere no Direito Individual também como um dos seus capítulos”.

Destaca-se que a atual Constituição da República rompeu com o paradigma antes existente, positivando normas de direito coletivo material e processual como instrumentos de proteção dos direitos tanto individuais e, principalmente, dos direitos coletivos.

Desta forma e, de acordo com as lições de Gregório Assagra (2008), entende-se que “o direito coletivo brasileiro possui natureza jurídica de direito constitucional fundamental” e abarca os interesses coletivos *latu sensu*, neles compreendidos os interesses difusos, os coletivos *strictu sensu* e, “por ficção legal”, os interesses individuais homogêneos.

No que diz respeito a conceituação dos direitos/interesses acima mencionados, o legislador brasileiro somente no ano de 1990, com a promulgação da lei nº 8.078/90, também conhecida como Código de Defesa do Consumidor, cuidou de defini-los no parágrafo único do art. 81 do aludido diploma legal. Para o legislador, interesses ou direitos difusos são os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Interesses ou direitos coletivos, por sua vez, são entendidos como os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Por fim, classifica os direitos individuais homogêneos como aqueles decorrentes de origem comum.

Há ainda que se mencionar aqui a classificação recentemente feita por Edilson Vitorrelli (2016), que trata não de direitos coletivo, mas sim de conflitos coletivos. Trata-se de uma classificação processual e não material, como a do Código de Defesa do Consumidor, ocasião em que Vitorrelli (2016) defende uma adequação do processo coletivo às peculiaridades do caso concreto.

Nesse sentido, o mencionado autor entende existirem três espécies de conflitos coletivos, a saber, os litígios coletivos de difusão global, os litígios coletivos de difusão local e, por fim, os litígios coletivos de difusão irradiada.

Os primeiros litígios podem ser entendidos como aqueles em que a lesão ou ameaça “atingem diretamente os interesses de qualquer pessoa”.

Destaca-se que se tratam de litígios menos complexos, com baixo grau de conflituosidade do grupo titular do direito, tendo em vista que os indivíduos são atingidos uniformemente pela lesão e praticamente não há interesse pessoal no conflito.

A segunda espécie de litígios classificada por Vitorelli (2016), é aquela em que a lesão ou ameaça incide sobre determinado grupo que compartilha “uma identidade própria comum ou de uma mesma perspectiva social”.

No que concerne à terceira espécie de litígios, Vitorelli (2016) entende serem aqueles em que a ameaça ou lesão atinge “diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não tem a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio”, concluindo também que os indivíduos atingidos provavelmente possuirão visões diferentes acerca do resultado almejado.

Didier Jr. e Zaneti Jr. concluem, acerca da mencionada classificação, que:

As diferenças entre os conflitos coletivos justificam as variações sobre a competência, possibilidade de autocomposição, legitimação para a causa, intervenção de terceiro, conteúdo da decisão etc. tomar o conflito coletivo – e não o direito coletivo – como fator de adequação do processo coletivo é uma das premissas mais importantes, se não for a mais importante, para a construção de um devido processo legal coletivo. (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019, p. 113)

Além disso, tem-se hoje no ordenamento jurídico inúmeras leis acerca do direito processual coletivo, como meio de garantir eficácia ao direito material coletivo presente tanto na Constituição da República quanto na legislação infraconstitucional.

Destaca-se inicialmente, a Lei nº 4.717/65, denominada Lei da Ação Popular, promulgada anteriormente à atual Constituição da República, legitimando qualquer cidadão brasileiro a promover-la, no interesse e benefício de toda a coletividade, tendo em vista que possui como objeto o patrimônio público *latu sensu*, material e moral. Tem-se aqui um breve fragmento do que, mais adiante, será denominado de legitimação extraordinária, característica das ações coletivas.

Vinte anos depois, tem-se a promulgação da Lei nº 7.347/85, também denominada Lei da Ação Civil Pública, considerada o marco da legislação brasileira no que diz respeito ao processo coletivo. A aludida lei não revoga nem exclui a Lei da Ação Popular, contudo é mais robusta ao tratar de direitos coletivos, mencionando a defesa do meio ambiente, do consumidor, ordem econômica, urbanística, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, patrimônio público e social, dentre outros, e qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Percebe-se uma “evolução” na conceituação dos direitos coletivos pela Lei da Ação Civil Pública, não obstante sejam a maioria deles também considerados patrimônio público, cuja tutela já era prevista na ação popular. Todavia, destaca-se que, além da sutil diferença no objeto tutelado pela Ação Popular e pela Ação Civil Pública, há ainda a diferença em relação aos legitimados para propositura, tendo em vista que, para propor a primeira, é legitimado, via de regra, somente o cidadão, ao passo que, para a segunda, os legitimados são aqueles entendidos como extraordinários, a saber, os que pleiteiam direito alheio (da coletividade) em nome próprio, dispostos em rol taxativo no art. 6º da Lei nº 7.347/85.

Malgrado possuam as duas leis acima mencionadas um caráter coletivo, em 1973 o Código de Processo Civil ainda era enraizado no direito meramente individual. Exemplo disso é a própria questão da legitimidade processual, tendo em vista que o CPC de 1973 preconizava, em seu artigo



6º, que ninguém poderia pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Nesse sentido, Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade explicam que:

(...) os novos direitos reconhecidos ao longo de século XX, em alguns casos, extrapolavam a titularidade individual, para compor o patrimônio de um conjunto muitas vezes indeterminado de pessoas. (...) não seria possível ao indivíduo pleitear isoladamente a defesa do meio ambiente, pois estaria ele buscando, em nome próprio, a tutela do direito não apenas próprio, mas também alheio. E, considerando que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pertence a todos, seria inviável reunir todos os seus titulares no polo ativo de um processo, cada vez que buscasse judicialmente sua proteção. (ANDRADE, MASSON, ANDRADE, 2019, p. 10)

Não obstante a crítica acima, o Código de Processo Civil de 2015 dispõe de forma semelhante, no caput de seu art. 18<sup>11</sup>.

Também no Código de Processo Civil de 1973, tinha-se, quanto às demandas coletivas, o problema em relação à coisa julgada, disciplinada em seu art. 472. Mencionado dispositivo disciplinava que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros”. Desta forma, os autores acima mencionados também explicam que:

Como os efeitos da coisa julgada, segundo essa norma, deveriam se restringir às partes do processo, para que os lesados ou ameaçados de lesão nas questões de massa pudessem ser beneficiados por eventual sentença judicial deveria cada um deles propor sua ação individualmente. Ainda que se adotasse, em alguns casos, o litisconsórcio ativo, ante a inviabilidade de admitir todos os lesados no polo ativo (litisconsórcio multitudinário) essa via não bastaria para

---

<sup>11</sup> Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

evitar verdadeiras avalanches de processos em nossos tribunais. (ANDRADE, MASSON, ANDRADE, 2019, p. 11)

Além disso, os autores destacam como inconvenientes do processo individual na resolução dos conflitos de massa, o risco de decisões conflitantes, a morosidade, os gastos excessivos, a litigiosidade contida e a pouca efetividade das decisões.

Posteriormente ao CPC de 1973, tem-se a promulgação da Constituição da República de 1988 que, conforme já mencionado, rompeu com esse antigo paradigma, inserindo no ordenamento jurídico, de forma robusta, fundamental, vinculante e irradiante, os direitos coletivos, inerentes ao Estado Democrático de Direito. Seguidamente à Constituição, ganham espaço cada vez mais diplomas legais que versam, no todo ou em parte, material ou processualmente, sobre os direitos e interesses coletivos *latu sensu*, a exemplo do já mencionado Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), da Lei do Mandado de Segurança Coletivo (Lei 12.016/09), dentre outras.

Analizados os direitos fundamentais e, em seguida os coletivos, passemos a tratar especificamente da moralidade administrativa e do patrimônio público.

### **2.3. Da moralidade e da probidade administrativa**

A despeito da inserção da moral no Direito Administrativo, faz-se necessária uma inicial contextualização histórica das origens do Direito Público, atribuídas à elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado Francês, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014).

Na França pré-revolucionária, haviam três estamentos, a saber, Clero e Nobreza, que gozavam de privilégios jurídicos e políticos, e um terceiro estamento (Burguesia) que compreendia o restante, bem como a maioria

da população francesa. Diante de uma crise fiscal e de um impasse para sua resolução, os deputados representantes da burguesia se retiraram da Assembleia dos Estados Gerais e proclamaram a Assembleia Nacional Constituinte, momento em que se inicia a Revolução. Com isso, a burguesia francesa assume então o controle do legislativo e do executivo. Todavia, o Poder Judiciário ainda permanecia nas mãos da nobreza.

A alternativa então vislumbrada pela burguesia para retirar da apreciação do Poder Judiciário as questões de Estado (atos administrativos), foi a criação do Sistema Francês/Contencioso Administrativo, em que há uma dualidade de jurisdição. Ou seja, ao lado de uma jurisdição comum, exercida pelo judiciário (clero e nobreza), existe uma jurisdição administrativa (criada e exercida pela burguesia), a quem compete o controle judicial dos atos do Estado.

Nesse sentido, Georges Vedel (1964), preleciona que os constituintes franceses pós-revolucionários ampliaram o alcance da teoria da separação de poderes, de maneira que a resolução dos litígios envolvendo a Administração Pública não poderia ser atribuída ao Poder Judiciário, sob pena de haver subordinação de um Poder ao outro. Desta forma, o princípio da separação de poderes representava uma visão política oriunda do Velho Regime, traduzida na desconfiança do Poder Judiciário, pois sua resistência ao poder real e às reformas por ele pretendidas foi uma das principais causas do imobilismo que acabou por provocar a Revolução.

Ressalta-se que a jurisdição administrativa na França é denominada de Conselho de Estado (exercida pela própria administração/executivo) e suas decisões possuem caráter definitivo.

Criado o Conselho de Estado na França, importante mencionar o “Caso Blanco”, primeiro caso a ser julgado submetido ao mencionado Conselho, que conferiu autonomia ao Direito Administrativo.

Di Pietro (2014) menciona que, na ocasião, uma menina denominada Agnes Blanco havia sido atropelada por um carro da Companhia Nacional de Manufaturados de Fumo, uma prestadora de serviço público ao Estado francês. O pai de Agnes Blanco, buscando a responsabilização pelo ocorrido com sua filha, ajuíza uma ação na jurisdição comum, tendo em vista ser o causador do dano pessoa jurídica de direito privado. A jurisdição comum, por sua vez, se declara incompetente, sob a justificativa de que a empresa em questão, não obstante fosse privada, era prestadora de serviço público. O pai de Agnes então recorre ao Conselho de Estado, que também se declara incompetente sob o fundamento de que, embora fosse prestadora de serviço público, a natureza jurídica da empresa era de pessoa jurídica de direito privado. Diante de um conflito negativo de competência, o caso é submetido ao tribunal de conflitos, entendendo que a competência para julgamento do Caso Blanco era da jurisdição administrativa, diante do envolvimento da jurisdição de um serviço público.

Definida a competência para casos que envolviam o Estado Francês, mesmo que indiretamente, o Conselho de Estado estava diante de um problema, tendo em vista que não existia Direito Público a ser aplicado ao caso. Diante disso, o Conselho de Estado teve que criar as primeiras premissas de direito público para julgar o Caso Blanco, o que, no futuro, seria denominado de Direito Administrativo.

Em suma, destaca-se que, em um primeiro momento, o Conselho de Estado Francês, apesar de ser o competente para julgamento de casos relacionados ao poder público, não possuía legislação para julgar/controlar os atos da Administração Pública Francesa, restando evidente que o mencionado controle, *a priori*, era impossível.

Nessa esteira, merecem destaques os estudos realizados pelo artífice do Direito Administrativo Francês, Maurice Hauriou (1914), sobre a jurisprudência do Conselho de Estado na França, num momento em que o país vivenciava uma ausência de controle da atividade administrativa.

Hauriou (1914) entendia a moralidade administrativa como o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”, sustentando que, diante da ausência de controle, deveria haver a utilização de um mecanismo, pelo Conselho de Estado Francês, para anular decisões executórias eivadas de excesso de poder da autoridade que a emanou.

Hauriou (1914) desenvolveu seus estudos baseando-se na ideia de que o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio/instrumento utilizado em prol do interesse público, exigindo mecanismos para que permaneça adstrito a esse fim. O aludido autor assevera que é a partir das decisões do Conselho de Estado que os poderes da administração tem um certo objetivo ou que os atos da Administração tem uma certa causa final que é o interesse público ou a boa administração, e que se o administrador, no lugar de agir dentro do interesse geral, tomou sua decisão, seja sob influência de um interesse particular a satisfazer, seja mesmo sob a influência de um interesse fiscal, há um desvio de poder e o ato deve ser anulado.

Hauriou (1914) também distingue os recursos por *detournement de pouvoir* e por *la violation de la loi*, esclarecendo que eles “visam a conformidade da ação administrativa, seja com o objetivo da boa administração (desvio de poder), seja com as prescrições da legalidade (violação à lei)”. Buscando estabelecer parâmetros adequados para a individualização do desvio de poder, conclui que este “não se reduz à legalidade, como se tem dito, pois o objetivo da função administrativa é determinado muito menos pela lei que pela moralidade administrativa.

Feitas essas breves considerações históricas acerca da origem do Direito Administrativo e, com ele o alicerce dogmático da ideia de moralidade administrativa, bem como sobre seu precursor, Maurice Hauriou (1914), percebe-se uma íntima ligação entre a moralidade administrativa e o interesse público, desde o nascedouro do Direito Administrativo.

Destaca-se, por oportuno, que o interesse público divide-se em interesse primário, entendido como o interesse geral, da coletividade, e interesse secundário, traduzido no interesse da própria pessoa jurídica de direito público, não podendo o segundo se sobrepor ao primeiro. O que se almeja, na verdade, é que os mencionados interesses se coincidam.

Avançando alguns anos e, agora, sob o contexto do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se a moralidade administrativa como princípio fundamental de Direito Administrativo, positivada como tal no artigo 37, *caput* da Constituição da República e, conseqüentemente, como corolário da figura jurídica da Improbidade Administrativa.

No que concerne à aplicação dos princípios, destacam-se as lições de Robert Alexy (2015), ensinando serem os princípios “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Alexy vai além e conceitua os princípios como “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

Ou seja, o princípio da moralidade administrativa possui aplicabilidade obrigatória no Direito Administrativo, podendo, contudo, ser satisfeito, conforme explica Alexy, em graus variados, a depender da ocasião.

Acerca da aplicabilidade da moralidade administrativa, Rodolfo de Camargo Mancuso (2015) leciona que ela “pode e deve ser considerada

uma categoria jurídica autônoma, significando dizer que um ato administrativo pode ser: a) legalmente formal; b) não lesivo ao erário; mas, inobstante, ser moralmente insustentável”, malgrado entenda ser o respeito à moralidade tão importante quanto o respeito à legalidade, tendo em vista que, tratando-se de princípios distintos, não deve haver prevalência de um sobre o outro, devendo haver, conforme prega Alexy, um sopesamento na aplicação de ambos os princípios.

Acerca do assunto, Maurice Hauriou (1914) explica que a moralidade administrativa não se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica. Acerca da atuação do agente público, ensina o mencionado autor que, a moral comum é imposta ao homem para sua conduta externa, de maneira que a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação.

Infere-se do exposto que os agentes públicos, além da obrigatoriedade de uma atuação pautada nos demais princípios norteadores do Direito Administrativos que, em sua maioria, possuem caráter objetivo, devem ainda e, sobretudo, atuar em conformidade com o princípio da moralidade administrativa, que se difere da moralidade comum.

Plácido e Silva assim conceitua, em seu vocabulário jurídico, a moral:

Derivado do lati *moralis* (relativo aos costumes), na forma substantiva designa a parte da filosofia que estuda os costumes, para assinalar o que é *honesto* e *virtuoso*, segundo os ditames da consciência e os princípios de humanidade.

A moral, assim, tem âmbito mais amplo que o Direito, escapando à ação deste muitas de suas regras, impostas aos homens como deveres. (SILVA, 2007, p. 930)

Não restam dúvidas de que o conceito de moral está intimamente ligado ao de honestidade, ética e boa-fé, de uma sociedade, em local

específico, em determinado período de tempo, não obstante influencie em vários outros aspectos do Direito. A moral é elemento subjetivo, variável de acordo com os costumes de cada povo, em determinada época.

Di Pietro menciona, acerca da distinção entre moral e Direito, que “ambos são representados por círculos concêntricos, sendo o maior representado pela moral e o menor, ao direito”. Complementa, por fim, dizendo que “licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto)”, conforme já mencionado por Hely Lopes Meirelles.

Também a despeito da relação e distinção entre moral e Direito, Roldolfo de Camargo Mancuso explica que:

Nem sequer existe vera antinomia entre os valores “lei” e “moral”, bastando lembrar que a Ética (do grego *ethikós*) é o gênero de onde derivam o Direito e a Moral, espécies que têm como núcleo comum a valoração de comportamentos, gerando normas de conduta (a chamada nomogênese). Bem por isso, trata-se de ciências nomoéticas (do grego *gnorimos*, norma), diferenciando-se o Direito e a Moral nisso que as normas jurídicas são atributivas, assim dotadas de coercitividade-oponibilidade-exigibilidade (v.g., os direitos subjetivos). (MANCUSO, 2015, p. 135)

Nesse sentido, observa José Afonso da Silva (2005) que “a lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa”.

Assim, os agentes públicos que, conforme explicado no primeiro capítulo, são meros administradores do patrimônio e dos interesses públicos,



devendo tutelar os bens e direitos da coletividade também sob a égide da boa-fé e da honestidade. Destaca-se aqui a indisponibilidade da moralidade administrativa na atuação do agente público, tendo em vista seu caráter objetivo, bem como sua aplicação obrigatória.

Além de ter sido constitucionalmente consagrada como princípio de Direito Administrativo, moralidade administrativa foi também inserida nos direitos e garantias fundamentais, elencada no artigo 5º, LXXIII, no que concerne à legitimidade para propositura da ação popular. Ressalta-se que o artigo 5º, LXXIII estabeleceu a moralidade administrativa como um fundamento autônomo para propositura da ação popular.

Importante destacar aqui a semelhança entre a Ação de Improbidade Administrativa e a Ação Popular, diante da identidade das causas de pedir de ambas as ações, a saber, a defesa da moralidade administrativa e do patrimônio público. A diferença, contudo, reside na legitimidade ativa para ajuizamento de cada uma das ações, tendo em vista que são legitimados para propositura da Ação de Improbidade Administrativa o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Pessoa Jurídica Interessada, ao passo que qualquer cidadão brasileiro é legitimado, pela lei 4.717/65, à propositura da Ação Popular.

Nesse sentido, merece destaque o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do ARE 824781 RG/MT<sup>12</sup>, decidiu que não

---

<sup>12</sup> Direito Constitucional e Processual Civil. Ação popular. Condições da ação. Ajuizamento para combater ato lesivo à moralidade administrativa. Possibilidade. Acórdão que manteve sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por entender que é condição da ação popular a demonstração de concomitante lesão ao patrimônio público material. Desnecessidade. Conteúdo do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal. Reafirmação de jurisprudência. Repercussão geral reconhecida. 1. O entendimento sufragado no acórdão recorrido de que, para o cabimento de ação popular, é exigível a menção na exordial e a prova de prejuízo material aos cofres públicos, diverge do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal. 2. A decisão objurgada ofende o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, que tem como objetos a serem defendidos pelo cidadão, separadamente, qualquer ato lesivo ao patrimônio material público ou de entidade de que o Estado participe, ao patrimônio moral, ao cultural e ao histórico. 3. Agravo e recurso extraordinário providos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência.

é condição para ajuizamento da ação popular a demonstração de concomitante lesão ao patrimônio público material, bastando, conforme reza o art. 5º, LXXIII, lesão ao patrimônio moral. Ou seja, a ofensa à moralidade, por si só, basta ao ajuizamento da ação popular, independente de constatação de prejuízo material.

Indiscutível a obrigatoriedade da aplicação da moralidade administrativa no trato da coisa pública, bem como de que se trata de um princípio do Direito Administrativo, importante destacar ser a moralidade administrativa um direito difuso, fundamental e indisponível. Difuso em decorrência de se tratar de princípio de Direito Administrativo e, consequentemente, de Direito Público, tendo em vista ser o Direito Administrativo responsável, em suma, pela tutela, promoção e gestão da máquina e do patrimônio público, cuja titularidade pertence à toda coletividade. Destaca-se também que, conforme mencionado anteriormente nesse capítulo, entende-se que na nova *summa divisio* consagrada pela Constituição da República, o Direito Público é componente do Direito Coletivo. Tanto o é que assim foi positivado na Constituição da República, em seu Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), Capítulo I (dos direitos e deveres individuais e coletivos), no qual insere-se a moralidade administrativa, em seu inciso LXXIII. Portanto, evidente tratar-se a moralidade administrativa de um direito fundamental. Por fim, trata-se de um direito indisponível, tendo em vista possuir caráter obrigatório quando da atuação de todos os agentes públicos no trato e administração da coisa pública, cuja titularidade pertence à toda a coletividade. Assim, não pode o agente público dispor de um direito ao qual é apenas representante, que não lhe pertence.

A probidade administrativa, por sua vez, não se confunde com a moralidade administrativa, não obstante as semelhanças entre ambos os princípios.

Teori Albino Zavascki leciona que:

Se a probidade administrativa é da essência da democracia, é natural que a Constituição, ao organizar o Estado, tenha se preocupado em estabelecer meios de controle dos atos e das condutas dos seus agentes. No que se refere ao controle jurisdicional, além de prever a ação judicial como instrumento universal de defesa (inclusive em face do Estado) em caso de lesão ou ameaça à direito (art. 5º, XXXV) e de criar instrumento específico para a tutela de direitos individuais líquidos e certos violados por ato de autoridade (art. 5º, LXIX e LXX), a Constituição instituiu também mecanismos para a tutela do direito transindividual à preservação dos bens públicos e da boa administração. (ZAVASCKI, 2006, p. 104)

Destaca-se que a Lei nº 8.429/92 se divorciou do conceito etimológico da palavra improbidade (do latim, *improbitas*, significa má conduta, conduta desonesta, diretamente associada a ideia de desonestidade) pois, a partir do momento em que ela também considera ato de improbidade uma ação culposa (em que não se identifica um dolo, uma má-fé, uma desonestidade), amplia a noção do conceito, estando em sintonia com uma tendência internacional. Portanto, não apenas os atos desonestos e imorais caracterizam atos de improbidade administrativa, como também atos lesivos ao erário, causados por erro grosseiro do agente público.

Mesmo com essa possibilidade de caracterização de ato de improbidade administrativa por erro grosseiro, o conceito de improbidade administrativa ainda não é pacífico na doutrina.

José Afonso da Silva (2005) entende ser a improbidade uma imoralidade qualificada, alocando-a como subprincípio da moralidade. José dos Santos Carvalho Filho (2016), por sua vez, equipara as noções de probidade e moralidade, dizendo que, quando o legislador constituinte quer se

referir ao princípio, ele emprega a expressão moralidade e, quando o legislador quer se referir à ofensa ao princípio da moralidade, ele emprega a expressão improbidade administrativa.

Entendo que não se pode considerar a probidade administrativa um subprincípio da moralidade administrativa, pois a probidade vai além da mera moralidade. A ação culposa que causa dano ao erário configura improbidade administrativa, ausente, nesse caso, qualquer imoralidade ou má-fé, não podendo, portanto, considerar a improbidade uma imoralidade qualificada. A improbidade é hoje mais ampla: todos os atos imorais praticados por agentes públicos são atos de improbidade administrativa, porém, a recíproca não é verdadeira. Assim, a probidade “engloba” a moralidade, não se confundindo como sinônimos.

Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade ensinam que “a doutrina amplamente majoritária entende que a tutela da probidade administrativa (que abarca a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa), efetivamente, tem interesse difuso.

Nesse sentido, Emerson Garcia e Rodrigo Pacheco Alves explicam acerca da probidade administrativa:

A probidade encontra sua origem mais remota no latim *probus*, que significa aquilo que brota bem (pro+bho – da raiz bhu, nascer, brotar), denotando o que é bom, o que tem boa qualidade. De forma correlata ao sentido etimológico, teve-se uma contínua utilização do vocábulo em uma concepção figurada, sendo frequentemente empregado para caracterizar o indivíduo honrado, íntegro, reto, leal, que tem bons costumes e é honesto, casto e virtuoso.

(...)

Probidade, assim, significa retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade. (GARCIA e ALVES, 2013, p. 135)

Apesar de, inicialmente mencionarem a origem etimológica da palavra probidade, os referidos autores ressaltam que os atos de improbidade

administrativa são aqueles que se reputam imorais e desonestos, contudo, não se restringem somente à eles. Desta forma, não se pode valer somente do critério linguístico para conceituar e explicar juridicamente a probidade e, conseqüentemente, a improbidade. Assim, Garcia e Alves concluem que:

De acordo com a sistemática adotada pelo art. 37, parágrafo 4º, da Constituição da República e pela Lei nº 8.429/92, é perfeitamente possível termos atos de improbidade que não sejam propriamente atos desonestos. Basta pensarmos na conduta de agentes públicos que, voluntariamente, descumpram os padrões normativos a que estão vinculados e realizem fins diversos daqueles amparados pela norma, terminando por causar intensos danos ao interesse público na vã ilusão de estarem gerando um benefício à coletividade. Nesses casos, com a devida observância do critério de proporcionalidade, será possível configurar o ato de improbidade de um agente público honesto e que, apesar do dolo de sua conduta, agiu de boa-fé.

Tivesse a Lei nº 8.429/92 feito mera referência à violação da probidade administrativa e estabelecido a respectiva sanção, não teríamos dúvida em afirmar que na integração do conceito deveria preponderar o seu sentido semântico. A opção, no entanto, foi outra: a lei de regência indicou o que se deve entender por improbidade, daí a impossibilidade de o semântico sobrepor-se ao normativo. (GARCIA e ALVES, 2013, p. 139)

Andrade, Masson e Andrade (2019) ilustram, acerca da temática, “que a tutela da probidade administrativa, interesse jurídico titularizado por toda a sociedade, se insere na órbita dos interesses difusos, apresentando as suas características marcantes, quais sejam”:

- a) a indeterminação dos sujeitos: a defesa da probidade administrativa não pertence a uma pessoa isolada, nem a um grupo determinado de pessoas, mas sim à coletividade como um todo;
- b) A indivisibilidade do objeto: a interesse no respeito à probidade administrativa é a um só tempo de todos e de cada qual;

- c) A fator de agregação dos sujeitos: os titulares do direito à probidade administrativa estão agregados em função de uma situação de fato em comum: a circunstância de estarem sujeitos aos efeitos da lesão à probidade administrativa. (ANDRADE, MASSON E ANDRADE, 2019, p. 786)

Os aludidos autores destacam que o entendimento acima transcrito coincide com entendimento já pacificado no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “é cabível a propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, tendo em vista a natureza difusa do interesse tutelado”<sup>13</sup>.

Ademais, conforme assevera Ana Cristina de Melo Silveira (2016) “a adoção do modelo de Estado Democrático de Direito, a positivação do princípio da moralidade administrativa, a elevação dos direitos coletivos no rol de direitos e garantias fundamentais são algumas das mudanças que podem fundamentar a premissa defendida”.

A aludida autora complementa seu entendimento, explicando que “é inerente à função administrativa e às ações do administrado que se relaciona com a Administração Pública o dever inafastável de probidade administrativa, decorrendo de uma exigência lógica do Estado Democrático de Direito”.

Outrossim, Ana Cristina de Melo Silveira (2016) conclui em sua pesquisa que “a partir da teoria da *summa divisio*, Direito Fundamental Individual e Direito Fundamental Coletivo, a probidade administrativa é vislumbrada como uma direito fundamental coletivo e, portanto, merecedora da observação de todos os consectários da teoria dos direitos fundamentais”.

Além da moralidade e da probidade administrativa e, também objeto de proteção da Lei de Improbidade Administrativa e de estudo na presente

---

<sup>13</sup>RESP 507142 MA, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 15/12/2005.

pesquisa, abordaremos, por fim, o patrimônio público e seu caráter fundamental, difuso e indisponível.

#### **2.4. Do Patrimônio Público**

Ressalta-se que o patrimônio público foi normativamente conceituado no art. 1º, parágrafo 1º da Lei nº 4.717/65. Para o legislador, “consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

Posteriormente e, conforme explica Hugo Nigro Mazzili (2011), a Constituição da República em seu artigo 5º, LXXIII, amplia o conceito inicialmente positivado na Lei 4.717/65, nele incluindo o meio ambiente e a moralidade administrativa<sup>14</sup> e, quatro anos depois, a Lei de Improbidade Administrativa estende o mencionado conceito, ampliando sua concepção a quaisquer entidades, públicas ou privadas que recebam qualquer tipo de verba pública para criação ou custeio<sup>15</sup>. Contudo, malgrado houvesse a existência e evolução dos conceitos normativos, o patrimônio público carecia de um conceito doutrinário mais completo para sua definição.

Nesse sentido e, buscando conceituar o patrimônio público de forma mais robusta, Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis (2019) mescla o conceito

---

<sup>14</sup> LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

<sup>15</sup>Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

semântico da palavra “patrimônio” aos conceitos normativos, juntamente a um complemento doutrinário, chegando a seguinte conclusão:

Pode-se determinar patrimônio público como o conjunto de bens e direitos (sociais e morais), de natureza móvel ou imóvel, corpóreos ou incorpóreos, patrimoniais ou extrapatrimoniais pertencentes aos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), por meio da administração direta, indireta ou fundacional e à coletividade como titular ultimada, cuja conservação seja de interesse público e difuso, estando não só os administradores como também os administrados vinculados a sua proteção e defesa. (WANIS, 2019, p. 53)

A partir da definição de Wanis, em que explica ser o patrimônio público pertencente aos entes públicos e, tendo em vista que os entes públicos/Administração Pública são “meros” representantes da coletividade, tem-se que a titularidade do patrimônio público é, de fato de toda a coletividade, da sociedade brasileira, do elemento humano do Estado brasileiro.

Tem-se ainda o patrimônio público, coletivamente entendido como um direito difuso, não somente em decorrência de sua titularidade, mas porque sua finalidade é a consecução de demandas coletivas. Mesmo que se possa, em alguns casos, identificar o detentor do patrimônio, ensina Walber de Moura Agra (2017) acerca da existência do fator teleológico, cuja finalidade é “agasalhar um interesse público, exercendo uma prestação que atende a uma pluralidade de cidadãos que necessariamente não precisam estar vinculados ao detentor do patrimônio”.

Complementa o referido autor, aduzindo que:

Apesar de o patrimônio público possuir um controlador determinado, seja pessoa jurídica pública ou privada dele detentora, ele tem o escopo de atender a



um interesse público que foi determinado legalmente – incluindo-se aí os princípios éticos que, embora não constituam bens corpóreos, integram o patrimônio moral da sociedade e devem ser velados pelo Estado e cumpridos por todos os agentes públicos. (AGRA, 2017, p. 53)

Assim, incontestável a indeterminabilidade dos titulares da preservação e integralidade do patrimônio público, caracterizando-o como um direito difuso.

Portanto, tem-se aqui dois entendimentos acerca do caráter difuso do patrimônio público. Um primeiro, pautado em sua titularidade coletiva, mesmo que indireta, tendo em vista pertencer o patrimônio público, diretamente, aos entes estatais e serem estes representantes da coletividade (titularidade indireta), ao passo que o segundo entendimento é baseado na finalidade difusa que possui o patrimônio público na realização, por exemplo, de políticas públicas, cujos beneficiários são indeterminados/indetermináveis.

Ademais, Wanis complementa seu entendimento acerca do patrimônio público como um direito difuso fundamental, destacando, no que diz respeito as dimensões de direitos fundamentais, que “é na terceira que se insere o patrimônio público, sua proteção e a moralidade administrativa”. Complementa ainda a menção anteriormente feita no presente trabalho acerca da concepção coletiva da dignidade humana, aduzindo que “a positividade contundente desses direitos como fundamentais é consequência teleológica dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade coletiva.

No que concerne aos estudos de Wanis acerca do patrimônio público tem-se que:

O caráter fundamental do patrimônio público, sob o aspecto objetivo, sobleva-se quando tomado por base o dinheiro público, advindo da arrecadação

tributária estatal, porquanto deve ser utilizado, por mandamentos constitucionais e legais cogentes, para a concretização de todos os outros direitos fundamentais (sobretudo os sociais) cuja titularidade é atribuída à coletividade.

A má gestão do patrimônio público, em especial do dinheiro público, acarreta consequências nefastas e desastrosas à realização das políticas públicas de emancipação social, cujo custeio estatal é determinado normativamente e, por isso, merece especial proteção de todas as espécies e por todos os responsáveis. (WANIS, 2019, p. 55)

Conclui-se, portanto, que o patrimônio público material subdivide-se em bens móveis e imóveis, considerando-se direito fundamental de terceira dimensão, e em dinheiro público, cujo caráter é fundamental, tendo em vista possuir a função de concretizar os direitos coletivos *latu sensu*.

Outrossim, como qualquer outro bem/direito público, é indisponível, tendo em vista que não pertence ao administrador público e este, como responsável pela gestão e administração de patrimônio (material e moral) cuja titularidade pertence a toda a coletividade, não pode dispor de algo que não lhe pertence.

## **O Sistema Multiportas, o inquérito civil e compromisso de ajustamento de conduta**

Neste capítulo serão abordados os principais mecanismos extrajudiciais e autocompositivos, passíveis de utilização em casos de Improbidade Administrativa, disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

Outrossim, apesar da patente cultura da judicialização como resolução de problemas no Brasil, pretende-se demonstrar o crescimento da tendência à consensualidade, sobretudo e, na especificidade da temática da presente pesquisa, após a Código de Processo Civil de 2015.

Não obstante o mencionado código regulamente o processo civil individual, também possui aplicação subsidiária ao processo coletivo.

Noutro giro, entendemos que a aplicação da consensualidade no processo coletivo não seria mera extensão de aplicação da regulamentação processual civil, mas um rompimento do paradigma de que os interesses públicos, coletivos *latu sensu* e, conseqüentemente, indisponíveis, não podem ser objeto de negociação. O que se pretende demonstrar é que o poder público, ao celebrar qualquer tipo de acordo ou transação com o infrator da ordem jurídica, não disporá de seus interesses, mas negociará, dentro dos limites a ele determinados por lei.

Assim, não há que se falar em prejuízo da coletividade.

### **3.1. O Sistema Multiportas**

Primeiramente, destaca-se que, até o advento do Código de Processo Civil de 2015, conciliação, mediação e arbitragem eram tradicionalmente

denominadas como meios alternativos de solução de conflitos. Isso porque, o meio “regular” ou “oficial” para resolução de conflitos, até então, era a via judiciária.

Nesse sentido, Nancy Andrighi e Glauca Falsarella Foley (2008), mesmo antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, já abordavam a “cultura excessivamente adversarial do povo brasileiro”, explicando que “o culto ao litígio, porém, parece refletir a ausência de espaços estatais ou não, voltados à comunicação de pessoas em conflito”.

Entretanto, o Código de Processo Civil de 2015 rompe com esse paradigma da judicialização como porta principal de resolução de conflitos, apresentando “outras portas” não menos importantes e, muitas das vezes, mais adequadas, céleres e eficazes para resolução de conflitos, a saber, a conciliação, a mediação e a arbitragem. Até porque, conforme lecionam Andrighi e Foley (2008) acerca da jurisdição estatal, “aqueles que acessam a via judicial enfrentam as dificuldades impostas por um sistema talhado na lógica adversarial”.

Desta forma, conciliação mediação e arbitragem não mais devem ser denominadas vias alternativas, como se fossem assessórias ou subsidiárias à principal.

Diante dessa breve introdução, tem-se que a ideia central de Justiça Multiportas é que a atividade jurisdicional estatal não é a única, muito menos a principal opção das partes para findarem seus litígios. Existem outras possibilidades de pacificação social, de modo que, para cada litígio, existe uma forma mais adequada de solução. A jurisdição estatal é somente mais uma dessas opções, de forma que não existe hierarquia entre elas.

Isso decorre da expressa previsão, no Código de Processo Civil de 2015, da possibilidade de aplicação do juízo arbitral (art. 3º, parágrafo 1º), bem como da obrigatoriedade da designação da audiência de conciliação ou mediação (art. 334, *caput*).

Desta forma, entendemos que tais meios deixam de ser meramente alternativos e passam a ser meios integrados, formando o modelo de Justiça Multiportas.

Além do Código de Processo Civil de 2015, há ainda a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça para corroborar na construção de um sistema processual civil multiportas, de maneira que cada caso deva ser indicado à técnica mais adequada para sua resolução.

Trata-se, portanto, de uma importante ruptura de paradigma, pois não basta que a lide seja julgada, mas é preciso que cada caso obtenha uma solução adequada, satisfatória e eficaz para as partes.

Com isso, sobretudo nos conflitos que envolvem a Administração Pública, Bruno Oliveira Bastos, Maria das Graças Macena Dias Oliveira e Valter Moura do Carmo (2019) explicam que deve haver uma “releitura da supremacia e indisponibilidade do interesse público, de forma a inaugurar nova ótica pautada na dignidade da pessoa humana, na qual os interesses públicos e privados deixam de ser contraditórios e se tornam conexos, possibilitando a aplicação do sistema multiportas de justiça nos litígios envolvendo a Fazenda Pública”.

Ademais, tendo em vista que o sistema “tradicional”/judicial de solução de conflitos encontra-se atualmente esgotado, carecendo, urgentemente ser repensado, Bastos, Oliveira e Carmo (2019) asseveram que “a busca por métodos mais adequados de solução de conflitos se mostra atualmente não como mera possibilidade, mas sim como única alternativa viável de enfrentamento da crise de efetividade que abala a entrega da tutela jurisdicional”.

Destaca-se ainda, que não basta somente uma mudança de paradigma positivada na codificação processual. Joao Luiz Lessa Neto explica que:

É preciso profissionais habilitados para assistir a negociação das partes, advogados capazes de entender, estimular e assessorar adequadamente seus clientes durante as audiências de mediação ou conciliação, sem falar na criação de espaço físico adequado e próprio para a aplicação destas técnicas, bem como na capacitação e cadastramento de mediadores e conciliadores judiciais. (LESSA NETO, 2015, p. 02)

Ou seja, é necessário um conjunto de mudanças para que seja possível a implementação e, mais do que isso, que seja de fato eficaz o sistema de justiça multiportas. Lessa Neto (2015) destaca que “o ponto central está na superação da percepção de que existe o julgamento judicial impositivo e tudo mais são meros meios alternativos, para a noção de que há um conjunto de meios possíveis para resolver uma disputa, em igualdade de importância com o processo civil tradicional.

Nessa esteira, passamos a seguir a apresentar os meios autocompositivos passíveis de utilização atualmente no processo civil.

### **3.2. Institutos cíveis que possibilitam a celebração de acordo**

A primeira hipótese de acordo na esfera cível a ser mencionada neste trabalho é o Acordo de Leniência, muito semelhante à colaboração premiada, porém com previsão na Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção), que trata acerca da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Oriundo do sistema norte americano, o Acordo de Leniência possibilita um pacto com o infrator para que ele conceda informações, no intuito de colaborar com a investigação, evitando posterior dano coletivo, em troca da redução ou até mesmo exclusão de sua punição. Nas palavras de Landolfo Andrade:

Trata-se de um ajuste que integra o processo administrativo sancionador, celebrado entre o Poder Público e um infrator, que se propõe a colaborar com a

Administração Pública na execução de suas tarefas instrutórias, viabilizando, assim, tanto a identificação de outros infratores como a comprovação da materialidade da infração, e tendo por contrapartida a liberação ou diminuição das penalidades que seriam a ele impostas com base nos mesmos fatos. (ANDRADE, 2019, p. 720)

No Brasil, inicialmente, referido acordo existia apenas no âmbito da União, beneficiando infratores da ordem econômica (Lei 12.529/11), conforme já explicado no tópico anterior. Posteriormente, a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) disciplinou a possibilidade de celebração do Acordo de Leniência quando da responsabilização civil e administrativa em relação à prática de ilícitos cíveis contra a Administração Pública *latu sensu*, e não somente em relação a infrações penais contra a ordem econômica.

O artigo 16 do diploma legal em questão dispõe que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos nela tipificados que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, estabelecendo as condições em seus incisos e parágrafos.

Destaca-se a imensa semelhança da lei 12.846/13 com a lei 8.429/92, visto que ambas possuem como objeto a tutela de ilícitos civis praticados em desfavor da Administração Pública. Todavia, enquanto a Lei de Improbidade Administrativa possui enfoque na responsabilização das pessoas físicas que praticam atos ímprobos, malgrado não exclua também a responsabilização de pessoas jurídicas, a Lei Anticorrupção disciplina a responsabilização somente das pessoas jurídicas que pratiquem atos em desfavor da Administração Pública, *latu sensu*.

Seguindo a tendência da justiça negociada, merece especial destaque a lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil), que trouxe inovações quanto à conciliação e negociação no processo civil brasileiro, rompendo com o antigo paradigma da judicialização de demandas.

O Código de Processo Civil de 2015 avançou, no que tange aos meios integrantes do sistema multiportas de solução de conflitos, quando tornou a conciliação, via de regra, obrigatória, estabelecendo em seu art. 334 que, em todas as ações que tratem de direitos passíveis de disposição pelas partes, o juiz deverá realizar uma audiência de conciliação antes da apresentação de contestação pelo réu. Excepcionalmente, caso ambas as partes manifestem desinteresse em transacionar acerca do objeto da demanda, o procedimento seguirá seu curso, sem a tentativa de conciliação em uma audiência inicial, não obstante possam as partes, caso queiram, optar pela solução consensual do conflito a qualquer momento.

Ressalta-se que, o desinteresse somente de uma das partes em conciliar não é suficiente para o cancelamento da audiência inicial de conciliação. Os incisos e parágrafos do artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015 disciplinam que referida audiência somente não se realizará se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual, ou quando a questão discutida não admitir a autocomposição. Em caso de desinteresse, o autor da ação deverá mencioná-lo, na petição inicial e, o réu, deverá fazê-lo, por petição, apresentada com antecedência de dez dias da data da audiência.

Nesse sentido, o art. 3º, parágrafo 3º do Código de Processo Civil disciplina que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão (obrigatoriamente) ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Nota-se que o Novo Código de Processo Civil traz mecanismos autocompositivos de solução de conflitos, estabelecendo como regra a obrigatoriedade da consensualidade, podendo as partes celebrarem acordo a qualquer momento, judicial ou extrajudicialmente.



Humberto Theodoro Júnior, no que concerne à consensualidade no Código de Processo Civil de 2015, explica que:

O novo código não se limita a estimular a solução consensual dos conflitos. Vai além e prevê a criação, pelos tribunais, de “centros judiciários de solução de conflitos”, os quais serão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, assim como pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165). (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 76)

Nessa perspectiva, importante mencionar a importante questão referente ao acesso à justiça, garantido pela Constituição da República em seu artigo 5º, inciso XXXV, dispondo que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão à direito. O ponto que se destaca para a presente pesquisa, é o entendimento de que o acesso à justiça não se restringe à submissão e apreciação de contendas somente pelo Poder Judiciário, no sentido de que “justiça”, em seu sentido mais amplo e, em um Estado Democrático de Direito, pode ser entendida como o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico, conforme ensina Humberto Theodoro Júnior (2016). Ousamos ir além e complementar o entendimento acima mencionado, acrescentando também a tutela dos interesses difusos e coletivos.

Fato é que, a justiça pode (e deve) ser efetivada não só por meios judiciais, mas também por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Um exemplo de meio consensual e extrajudicial de resolução de conflitos encontra-se positivado na lei nº 9.307/96, que dispõe sobre arbitragem. De acordo com referida lei, é legítima a substituição voluntária da justiça estatal pelo juízo arbitral, contratualmente estabelecido pelas partes.

A arbitragem nada mais é do que um método alternativo de solução de conflitos, em que as partes definem uma entidade privada para solucionar a desavença, excluindo a apreciação pelo Poder Judiciário. Pode-se instituir a arbitragem de duas formas, a saber, pela cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral. Na primeira, as partes definem que antes de qualquer litígio, o procedimento adotado para resolução de conflitos será a arbitragem, podendo tal entendimento ser disposto por apenas uma cláusula, bem como em um contrato autônomo. O segundo, por sua vez, é aquele posterior à instauração da controvérsia, em que as partes, após o litígio, decidem que sua solução será dirimida por um tribunal arbitral.

Outro meio consensual de solução de conflitos é a mediação, disciplinada na Lei 13.140/15, promulgada logo em seguida ao Código de Processo Civil de 2015. A mencionada lei regulamenta a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, bem como a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

O diploma legal em questão traz, no parágrafo 1º de seu artigo 1º, o conceito de mediação, que pode ser considerada a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia, podendo ser realizada judicial ou extrajudicialmente.

Importante destacar que, o mediador auxilia as partes, no sentido de possibilitar a elas o restabelecimento da comunicação para que possam identificar, por si próprias, alternativas consensuais que propiciem benefícios mútuos. Ressalta-se ainda que o mediador atua, preferencialmente, nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes e que ele também não propõe soluções aos litigantes, diferentemente do conciliador, que

possui participação ativa no processo de negociação, atua preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e pode sugerir soluções para o litígio.

Um ponto importante, no que concerne à mediação, é que ela se aplica tanto a direitos disponíveis quanto a direitos indisponíveis, desde que admitam a transação. Todavia, o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público (parágrafo 2º do art. 3º).

Além disso, há ainda que se destacar a permissão expressa de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta contida no artigo 32, inciso III, da mencionada lei, no capítulo que trata acerca da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, facultando aos entes federativos a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública. Dentre as competências das aludidas câmaras, figura a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, quando cabível.

Em suma, a conciliação (CPC), a mediação (lei 13.140/15) e a arbitragem (lei 9.307/96) são valiosos meios integrantes do sistema multipartas de solução de conflitos, que possibilitam o acesso à justiça, na maioria das vezes, pela via extrajudicial, mostrando-se mais céleres e eficazes do que um processo judicial.

Nesse sentido e, no que diz respeito às novas formas extrajudiciais de “acesso à justiça sem juízes”, Lorrane Queiroz explica que:

A jurisdição tradicional apresenta-se limitada para atender a uma conflituosidade multifacetária, de modo que o viés eficientista racionalizou o conflito, perdendo o caráter humano, pois que, além de ceder espaços, é repensada a partir da eficiência do mercado e obrigada a produzir soluções jurídicas em tempo real, mesmo que isso signifique muitas vezes a perda de garantias processuais. Os conflitos sociais não são aprisionáveis por modelos e por fórmulas

padronizadas, por isso passa a ser questionada por novas formas de solução de conflitos. (QUEIROZ, 2019, p. 83)

(...)

As formas alternativas para o tratamento consensual de conflitos, nascem no panorama da crise do judiciário, onde ao mesmo tempo tem-se uma crise jurisdicional e crise de eficiência, onde observa-se a impossibilidade de responder de modo eficiente qualitativamente à complexidade social e litigiosa advindas de conflitos multifacetários. Assim, expõe-se a fragilidade da racionalidade da jurisdição como monopólio estatal, expondo a omissão e as práticas arbitrárias na elaboração do provimento final pelo judiciário, demonstrando a insuficiência dos métodos tradicionais para dar conta da complexidade de tais fenômenos, relevando a face da justiça ineficiente. (QUEIROZ, 2019, p. 121)

### **3.3. O Inquérito Civil**

Conforme prevê o artigo 320 do Código de Processo Civil, “a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação”. Destaca-se que o mencionado artigo é também aplicável às Ações Cíveis Públicas, por força do artigo 19 da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública)<sup>16</sup>, bem como do artigo 90 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)<sup>17</sup>.

Desta forma, para cumprir com o requisito obrigatório de carrear a petição inicial com os documentos a ela indispensáveis, o Ministério Público, assim como os demais legitimados à propositura da Ação Civil Pública devem valer-se de meios extrajudiciais para adquirir as informações e documentos necessários à propositura da ação judicial.

Destaca-se que, atualmente e, especificamente no que concerne às atribuições do Ministério Público, sob uma ótica mais resolutiva e não

---

<sup>16</sup> Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

<sup>17</sup> Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

puramente demandista, que as ferramentas extrajudiciais possuem hoje, não somente a finalidade de subsidiar uma ação judicial, mas, sobretudo, o precioso condão de viabilizar, extrajudicialmente, a solução de conflitos, de maneira a evitar a judicialização de demandas que podem (e devem) ser solucionadas de maneira consensual.

Nesse contexto e, diante da carência de instrumentos de investigação administrativa na esfera cível à época, surge na década de 1980 a necessidade de criação de um procedimento que visasse à coleta de informações destinadas ao embasamento das ações judiciais.

Um questionamento que muitas vezes paira quando da explicação da necessidade e do surgimento do Inquérito Civil é que, antes de 1985, quando foi o procedimento em questão de fato criado e positivado pela Lei nº 7.347/85, como fazia o Ministério Público para viabilizar as investigações necessárias na área cível?

Segundo as lições de Mazzilli (1999), a criação do Inquérito Civil foi inspirada no já existente Inquérito Policial, na medida em que este traduz-se em um meio de investigação preparatório para angariar provas a serem utilizadas em eventual futura persecução penal e, na seara cível, até então, não havia nenhum procedimento extrajudicial/pré-processual nesse sentido. O mencionado autor também explica acerca da efetiva criação do Inquérito Civil, por meio da Lei nº 7.347/85 e posterior posituação na Constituição da República de 1988. Mazzilli explica, no que diz respeito ao momento do surgimento do Inquérito Civil e sua primeira posituação na Lei da Ação Civil Pública que:

Por semelhança com o inquérito policial, que é o meio normal de que se vale o Ministério Público para preparar-se para a propositura da ação penal pública, surgiu, pois, de forma gradativa, a consciência de que, também na área não penal, a instituição ministerial deveria ser dotada de um mecanismo de investigação administrativa, destinado a colher dados para a propositura de

ação civil pública. Mas também havia a nítida percepção de que se deveriam corrigir os principais defeitos do inquérito policial, que retirava das investigações o próprio destinatário das peças de informação nele colhidas. (MAZZILLI, 1999, p. 43)

Tem-se a primeira previsão legal do Inquérito Civil com o advento da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) que, em seu art. 8º, parágrafo 1º, disciplinou que “o Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis”. Em seguida, foi consagrado na Constituição da República de 1988 que, em seu art. 129, III, trouxe como uma das funções institucionais do Ministério Público a promoção do Inquérito Civil e da civil e da Ação Civil Pública, “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Posteriormente, foi regulamentado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por meio das Resoluções nº 23, de 17 de setembro de 2007 e nº 174, de 4 de julho de 2017.

Importante ressaltar que, não obstante a Ação Civil Pública tenha múltiplos legitimados à sua proposição, somente o Ministério Público possui atribuição para instaurar o Inquérito Civil, bem como seu Procedimento Preparatório, tratando-se, portanto, de ferramentas de investigação privativas do Ministério Público, constitucionalmente asseguradas.

Nesse sentido, Andrade, Masson e Andrade (2019) explicam que, “o inquérito civil é procedimento investigatório privativo do Ministério Público, sendo-lhe verdadeira prerrogativa constitucional (CF, art. 129, III). Por óbvio, também lhe é privativo seu procedimento preparatório”. Luiz Manoel Gomes Júnior, acerca do assunto, entende que:

O que justifica, ao menos no atual momento histórico, a existência da exclusividade é a existência do Poder Investigatório e o poder de coerção do Ministério Público na obtenção de provas e demais elementos, inclusive sob pena de responsabilidade criminal. O Inquérito Civil sem tais prerrogativas, seria um instituto jurídico totalmente inútil. (GOMES JÚNIOR, 2008, p. 252)

Diante da legitimidade exclusiva que detém o Parquet para instauração do Inquérito Civil, bem como de seu procedimento preparatório, os demais colegitimados à propositura das Ações Coletivas, para embasar seu ajuizamento, podem valer-se de produção antecipada de provas, pedido de informações e certidões junto ao poder público, também conforme os ensinamentos de Gomes Júnior (2008), tendo em vista não possuírem os poderes de investigação e coerção, constitucionalmente atribuídos ao Ministério Público. Também não possuem os demais colegitimados regulamentação específica, a exemplo das resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público, no que diz respeito ao Inquérito Civil.

O membro do Ministério Público, por sua vez, pode, por diversas vias, conhecer de fato que lese ou ameace direito cuja promoção e tutela sejam de sua atribuição. Esse primeiro contato pode ocorrer por meio de uma representação formal, por escrito (com requerimento de providências ou não), por meio de manifestação oral em eventual atendimento nas promotorias de justiça, geralmente reduzida a termo, podendo ser, inclusive anônima, ou até mesmo por veículos de comunicação. De posse de informações de eventual lesão à direito, ou mesmo ameaça, o membro do Ministério Público pode determinar a instauração de procedimento para investigar o fato, ou mesmo indeferir a mencionada instauração de plano, nas hipóteses expressamente previstas em lei e na Resolução 174/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Andrade, Masson e Andrade (2019) explicam que as formas acima mencionadas para que o Ministério Público tenha conhecimento de fato

lesivo ou ameaçador de direito a que lhe pertença a proteção (bem como qualquer forma que leve ao conhecimento do *Parquet* ameaça ou lesão a direito que lhe seja atribuída a promoção), foram denominadas no art. 1º da Resolução 174/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público como Notícia de Fato<sup>18</sup>, independentemente de inserir-se o fato na seara criminal, meramente individual ou coletivo, em sentido amplo.

Ainda conforme a mencionada resolução, no que diz respeito aos prazos de tramitação da Notícia de Fato, tem-se que “será apreciada no prazo de 30 dias, a contar do seu recebimento, prorrogável uma vez, fundamentadamente, por até 90 dias” (art. 3º). Importante salientar que a aludida prorrogação somente poderá ocorrer uma única vez e que, dentro do prazo estabelecido, “o membro do Ministério Público poderá colher informações preliminares imprescindíveis para deliberar sobre a instauração do procedimento próprio, sendo-lhe vedada a expedição de requisições (art. 3º, parágrafo único).

O membro do *Parquet*, em um primeiro contato a Notícia de Fato, pode indeferi-la de plano, caso seja o fato narrado incompreensível ou não demonstre o fato ameaça ou efetiva lesão aos interesses tutelados pelo Ministério Público.

Em hipótese de conter a Notícia de Fato informações suficientes e conclusivas acerca da possibilidade ou efetiva ameaça à direito tutelado pelo Ministério Público, poderá o membro (sob um prisma resolutivo) tentar a celebração de o Termo de Ajustamento de Conduta, se for o caso ou, não sendo possível, ajuizar diretamente uma Ação Civil Pública.

---

<sup>18</sup> Art. 1º A Notícia de Fato é qualquer demanda dirigida aos órgãos da atividade-fim do Ministério Público, submetida à apreciação das Procuradorias e Promotorias de Justiça, conforme as atribuições das respectivas áreas de atuação, podendo ser formulada presencialmente ou não, entendendo-se como tal a realização de atendimentos, bem como a entrada de notícias, documentos, requerimentos ou representações.



Noutro giro, caso tenha o membro do Ministério Público obtido informações preliminares para melhor conhecer aquilo que lhe foi encaminhado, mas entenda não ser o caso de instauração de procedimento próprio para prosseguir com as investigações, poderá arquivar a Notícia de Fato. A resolução nº 174/2017 traz em seu art. 4º, I a III e parágrafo 5º, as hipóteses de arquivamento<sup>19</sup>. Tanto na hipótese de indeferimento, quanto na hipótese de arquivamento, deverá o membro do Ministério Público fazê-los por meio de decisão fundamentada.

Deverão ser noticiados o representante e o representado, caso tenham sido identificados. Na ausência de recursos da decisão de arquivamento, a Notícia de Fato será arquivada no próprio órgão que a apreciou. Contudo, poderá o noticiante/representante apresentar recurso, em face da aludida decisão, pela via administrativa, no prazo de dez dias, a contar de sua ciência da decisão. Pode haver a reconsideração do membro que oficia no feito ou, em caso de não haver reconsideração, o recurso deverá ser submetido, no prazo de três dias, ao órgão revisor previsto na legislação do respectivo Ministério Público<sup>20</sup>.

No que concerne à Notícia de Fato e, conforme dispõe o art. 7º da Resolução nº 174/2017, “o membro do Ministério Público, verificando que

---

<sup>19</sup> Art. 4º A Notícia de Fato será arquivada quando:

I - o fato narrado já tiver sido objeto de investigação ou de ação judicial ou já se encontrar solucionado;

II - a lesão ao bem jurídico tutelado for manifestamente insignificante, nos termos de jurisprudência consolidada ou orientação do Conselho Superior ou de Câmara de Coordenação e Revisão;

III - for desprovida de elementos de prova ou de informação mínimos para o início de uma apuração, e o noticiante não atender à intimação para complementá-la.

(...)

§ 5º A Notícia de Fato também poderá ser arquivada quando seu objeto puder ser solucionado em atuação mais ampla e mais resolutiva, mediante ações, projetos e programas alinhados ao Planejamento Estratégico de cada ramo, com vistas à concretização da unidade institucional.

<sup>20</sup> Art. 4º

(...)

§ 3º O recurso será protocolado na secretaria do órgão que a arquivou e juntado à Notícia de Fato, que deverá ser remetida, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público ou à Câmara de Coordenação e Revisão respectiva para apreciação, caso não haja reconsideração.

o fato requer apuração ou acompanhamento ou vencido o prazo do *caput* do art. 3º, instaurará o procedimento próprio.

Dentre os demais procedimentos cuja atribuição pertence ao Ministério Público, interessa-nos, para a presente pesquisa, abordar aqui o Inquérito Civil e seu Procedimento Preparatório, na hipótese de insuficiência do prazo concedido à Notícia de Fato, para maiores apurações.

Desta forma, esgotado o prazo para conclusão da Notícia de Fato e, não sendo o caso de seu indeferimento nem arquivamento, deve o membro do Ministério Público instaurar Procedimento Preparatório (há a conversão da Notícia de Fato em Procedimento Preparatório) para dar continuidade às investigações.

Acerca do Procedimento Preparatório, Andrade, Masson e Andrade (2019) lecionam que “trata-se de outra espécie de procedimento administrativo inquisitivo, a ser instaurado antes do Inquérito Civil, quando o órgão do Ministério Público, ante a dúvida sobre a existência de um fato que demande sua atuação na área dos interesses transindividuais, ou sobre a identidade da pessoa a ser investigada”. É também hipótese de instauração de Procedimento Preparatório, eventual dúvida acerca da atribuição para apreciação da demanda e/ou possível ajuizamento de ação civil pública. Os mencionados autores explicam ainda que “a finalidade do procedimento preparatório é formar o convencimento do membro do Ministério Público sobre a necessidade (os fatos justificariam uma ação civil pública?) e possibilidade (determinado membro teria atribuição para ajuizá-la) de ele instaurar um inquérito civil”.

Regulamentado pela Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procedimento preparatório, conforme dispõe o art. 2º, parágrafo 6º da aludida resolução, “deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual prazo, uma única vez, em caso de motivo justificável”.

Nada obsta, contudo, que no trâmite do Procedimento Preparatório sejam expedidas recomendações ou, até mesmo, ocorra celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta.

O art. 2º dispõe ainda, em seu parágrafo 7º, que “Vencido este prazo, o membro do Ministério Público promoverá seu arquivamento, ajuizará a respectiva ação civil pública ou o converterá em inquérito civil”.

O Inquérito Civil, por sua vez, apresenta-se como um procedimento um pouco mais complexo do que aqueles que o antecedem.

Embora não seja imprescindível à propositura das ações coletivas previstas em nosso ordenamento jurídico, o Inquérito Civil possui, dentre outras finalidades resolutivas, a de subsidiar as referidas ações em sua fase pré-processual, de forma a amearhar informações para instruir o processo judicial.

Não obstante tenha nascido com a precípua finalidade de subsidiar uma ação civil pública, cabe-nos destacar que, de lá para cá, houve uma mudança de paradigma no que tange à finalidade do mencionado procedimento, tendo em vista a evolução constitucional do Ministério Público, adquirindo uma personalidade altamente resolutiva, conforme pode-se inferir de suas funções institucionais elencadas no art. 129 da CRFB<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- 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;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

Nessa esteira, Andrade, Masson e Andrade elucidam acerca das finalidades do inquérito Civil que:

Os fins do inquérito civil não se restringem ao aparelhamento de uma possível ação coletiva. Ele visa, na verdade, a fornecer ao Ministério Público subsídios para que possa formar seu convencimento sobre os fatos e, sendo necessário, identificar e empregar os melhores meios, sejam eles judiciais ou extrajudiciais, para a defesa dos interesses metaindividuais em questão. (ANDRADE, MASSON E ANDRADE. 2019, p. 193)

Isso porque, atualmente reputam-se mais vantajosas e céleres as soluções consensuais e alternativas de resolução de conflitos, a exemplo do Compromisso de Ajustamento de Conduta, que será estudado no próximo tópico deste capítulo. Além da morosidade do judiciário, diante do excessivo número de demandas (muitas vezes desnecessárias), o processo judicial ocasiona um desgaste emocional, bem como, muitas vezes, acarreta ônus financeiros às partes, para custear as despesas processuais.

Nessa esteira, Mazzilli (1999) explica que “o inquérito civil também serve para que o Ministério Público colha elementos de convicção que lhe permitam desempenhar algumas atuações subsidiárias, como a tomada de compromissos de ajustamento, a realização de audiências públicas, a emissão de relatórios e recomendações”.

---

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

§ 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

§ 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação.

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93.

§ 5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata

Ainda sobre o caráter resolutivo do *Parquet*, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2019) destacam que “a função resolutiva do Ministério Público deixou de ser subsidiária e passa a assumir um caráter cada vez mais central nos inquéritos civis, como desdobramento da justiça multiportas atualmente encampada pelo CPC (art. 3º, parágrafos 2º e 3º, arts. 165/175, todos do CPC-2015)”.

De volta ao Inquérito Civil, tem-se que ele é, portanto, um procedimento administrativo, investigatório, extrajudicial, de caráter pré-processual e atribuição privativa do Ministério Público, destinado tanto à coleta de elementos de convicção para escolha de eventual ajuizamento de ação coletiva, evitando a propositura de ações temerárias, quanto à resolução extrajudicial e consensual de conflitos.

É um procedimento inquisitivo em que não há a obrigatoriedade do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista não se tratar de processo judicial, em relação ao qual a Constituição da República assegura aos litigantes as mencionadas garantias processuais. Todavia, nada impede que sejam asseguradas, no bojo do Inquérito Civil, as garantias constitucionais e processuais do contraditório e ampla defesa. Acerca do assunto, Andrade, Masson e Andrade explicam que:

A ausência de contraditório e de ampla defesa são características dos procedimentos investigatórios, de natureza inquisitiva, como é o caso do inquérito policial, do inquérito civil e de seu procedimento preparatório. Sem embargo, nestes procedimentos, em comparação com aquele, é visível uma mitigação do princípio inquisitivo, vislumbrando-se, ainda que limitadamente, alguns relances do contraditório e a presença de alguns meios de participação inexistentes no inquérito policial.

(...)

Não há falar em defesa no inquérito civil, pelo menos no sentido em que tal palavra é empregada na locução “ampla defesa”, já que, nessa expressão, pressupõe-se a existência, no bojo de um processo judicial ou administrativo, de

uma pretensão para a aplicação de pena ou sanção contra alguém, que, contra tal pretensão, necessita de meios de defesa. Logo, pensamos que os meios dispostos nos inquéritos civis para a manifestação dos investigados são, mais propriamente, meios de participação, não de defesa. (ANDRADE, MASSON E ANDRADE, 2019, p. 224)

Ademais, tanto o Estatuto da OAB<sup>22</sup> quanto a Resolução nº 23 do Conselho Nacional do Ministério Público<sup>23</sup> asseguram ao investigado a assistência de advogado, quando da apuração de infrações, sob pena de nulidade de seu depoimento, bem como toda a cadeia probatória dele decorrente. Destaca-se que é uma faculdade do investigado ser assistido por advogado, de modo que ele não é obrigado a constituir defensor, sequer manifestar nos autos, a não ser que seja requisitada alguma manifestação do investigado.

Em relação à essa mitigação do princípio inquisitivo, os aludidos autores ainda mencionam a possibilidade de os advogados formularem perguntas durante as oitivas, bem como serem previamente avisados acerca de perícias, podendo ainda formular quesitos e indicar assistentes, desde que isso não acarrete prejuízo às investigações, concluindo que “tais providencias, por ampliarem a ampla defesa e o contraditório, robustecem a credibilidade das provas colhidas na fase extrajudicial.

---

<sup>22</sup> Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos;

<sup>23</sup> Art. 6º A instrução do inquérito civil será presidida por membro do Ministério Público a quem for conferida essa atribuição, nos termos da lei.

(...)

§ 11. O defensor constituído nos autos poderá assistir o investigado durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do seu depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração, apresentar razões e quesitos.

No que concerne ao objeto de Inquérito Civil, Didier Jr. e Zaneti Jr. (2019) destacam a discussão em relação à sua delimitação, tendo em vista, segundo os mencionados autores, a existência de uma primeira corrente restritiva, que defende a limitação quanto aos objetos específicos previstos na Lei da Ação Civil Pública, de maneira que o Inquérito Civil poderia tutelar somente os direitos coletivos *latu sensu*, excluídos os direitos individuais. Há também uma segunda corrente, atualmente predominante, conforme a percepção de Mazzilli (2005), com o entendimento de que o Inquérito Civil pode ser instaurado em todos os casos em que haja atribuição afeta ao Ministério Público, com exceção das atribuições criminais.

Em suma e, no que concerne à definição e caracterização do Inquérito Civil, Hugo Nigro Mazzilli bem explica que:

O inquérito civil é uma investigação administrativa prévia a cargo do Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública ou coletiva. De forma subsidiária, o inquérito civil também se presta para colher elementos que permitam a tomada de compromissos de ajustamento ou a realização de audiências públicas e a emissão de recomendações pelo Ministério Público; contudo, mesmo nesses casos, não se afasta a possibilidade de servir de base para a propositura da correspondente ação civil pública. (MAZZILLI, 1999, p. 46)

No que diz respeito à instauração, o Inquérito Civil, bem como seu Procedimento Preparatório devem ser obrigatoriamente instaurados por meio de portaria, devidamente fundamentada, conforme dispõe o artigo 4º da Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público. Também regulamenta o mencionado artigo, em seus incisos, que a portaria de instauração deve conter:

- I – o fundamento legal que autoriza a ação do Ministério Público e a descrição do fato objeto do inquérito civil;
- II – o nome e a qualificação possível da pessoa jurídica e/ou física a quem o fato é atribuído;
- III – o nome e a qualificação possível do autor da representação, se for o caso;
- IV – a data e o local da instauração e a determinação de diligências iniciais;
- V – a designação do secretário, mediante termo de compromisso, quando couber;
- VI – a determinação de afixação da portaria no local de costume, bem como a de remessa de cópia para publicação. (BRASIL, 2007)

Quando instaurado, conforme mencionam Andrade, Masson e Andrade (2019), produz dois principais efeitos, a saber, a possibilidade do emprego de eficazes instrumentos probatórios, a exemplo de requisições, notificações, conduções coercitivas e oitiva de testemunhas, bem como o óbice, no período de sua tramitação, à decadência do direito do consumidor reclamar acerca de vícios no fornecimento de produtos e serviços.

Da instauração, conforme dispõem especificamente algumas leis orgânicas de Ministérios Públicos estaduais, pode o interessado interpor recurso.

Vigora, em regra, no Inquérito Civil, o princípio da publicidade, condizente com os atos administrativos previstos no art. 37, *caput*, da CRFB/88, conforme também dispõe a Resolução nº 23 do Conselho Nacional do Ministério Público<sup>24</sup>. Excepcionalmente, pode ser sigiloso, para

---

<sup>24</sup> Art. 7º Aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos atos, com exceção dos casos em que haja sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, casos em que a decretação do sigilo legal deverá ser motivada.

(...)

§ 2º A publicidade consistirá:

I - na divulgação oficial, com o exclusivo fim de conhecimento público mediante publicação de extratos na imprensa oficial;



preservação da intimidade do investigado, em razão de segurança do Estado, da sociedade ou por conveniência da instrução.

Em sua instrução e, diferentemente de um processo judicial, o Inquérito Civil apresenta a marcante característica da informalidade, de maneira que o conteúdo prevalece em detrimento de um formalismo excessivo exigindo, contudo, pressupostos mínimos de ordem material e formal, para justificar a investigação, as providências e diligências ordenadas. Nesse sentido, Andrade, Masson e Andrade (2019) afirmam que “uma vez instaurado, o inquérito civil ou seu procedimento preparatório, o Ministério Público poderá instruí-lo por todos os meios de prova admitidos no ordenamento jurídico”. Importante mencionar que a Constituição da República trouxe alguns mecanismos conferidos ao Ministério Público para a obtenção de provas em seus procedimentos investigatórios, a exemplo da expedição de notificações e requisições de informações e documentos<sup>25</sup>. Deve-se lembrar, entretanto, que determinadas diligências,

---

II - na divulgação em meios cibernéticos ou eletrônicos, dela devendo constar as portarias de instauração e extratos dos atos de conclusão;

III - na expedição de certidão e na extração de cópias sobre os fatos investigados, mediante requerimento fundamentado e por deferimento do presidente do inquérito civil;

IV - na prestação de informações ao público em geral, a critério do presidente do inquérito civil;

V - (Suprimido pela Resolução n° 107, de 5 de maio de 2014)

(...)

§ 60 O defensor poderá, mesmo sem procuração, examinar autos de investigações findas ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital. (Incluído pela Resolução n° 161, de 21 de fevereiro de 2017)

§ 70 Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o § 60. (Incluído pela Resolução n° 161, de 21 de fevereiro de 2017)

§ 80 O presidente do inquérito civil poderá delimitar, de modo fundamentado, o acesso do defensor à identificação do(s) representante(s) e aos elementos de prova relacionados a comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências. (Incluído pela Resolução n° 161, de 21 de fevereiro de 2017)

<sup>25</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

(...)

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

a exemplo de uma interceptação telefônica ou uma busca e apreensão, podem depender de autorização judicial.

Destaca-se que as requisições feitas pelo Parquet, quando da instrução de seus procedimentos investigatórios, caso descumpridas, podem ensejar a configuração de crime, conforme dispõe o art. 10 da Lei nº 7.347/85<sup>26</sup> e o art. 8º, incisos V e VI da Lei nº 7.853/89<sup>27</sup>.

A despeito do prazo de conclusão do Inquérito Civil, a Resolução nº 23 do Conselho Nacional do Ministério Público determina o prazo de um ano, prorrogável por igual período quantas vezes forem necessárias. A prorrogação deve ocorrer por meio de decisão fundamentada do membro do Parquet que preside o Inquérito, cientificando o órgão superior competente que disponha a lei orgânica respectiva. Importante mencionar que cada Ministério Público, em sua lei orgânica, poderá estabelecer prazos inferiores e limitar o número de prorrogações<sup>28</sup>.

Finda a instrução, o Inquérito Civil necessita ser concluído, momento em que pode ocorrer seu arquivamento, a celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta ou a propositura de uma Ação Civil Pública.

A Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) determina em seu art. 9º que, “se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação

---

<sup>26</sup> Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

<sup>27</sup> Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa:  
(...)

V - deixar de cumprir, retardar ou frustrar execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei;

VI - recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública objeto desta Lei, quando requisitados.

<sup>28</sup> Art. 9º O inquérito civil deverá ser concluído no prazo de um ano, prorrogável pelo mesmo prazo e quantas vezes forem necessárias, por decisão fundamentada de seu presidente, à vista da imprescindibilidade da realização ou conclusão de diligências, dando-se ciência ao Conselho Superior do Ministério Público, à Câmara de Coordenação e Revisão ou à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.

§ 10 Cada Ministério Público, no âmbito de sua competência administrativa, poderá estabelecer prazo inferior, bem como limitar a prorrogação mediante ato administrativo do Órgão da Administração Superior competente.

civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente”.

O mencionado artigo também define, em seus parágrafos, o procedimento a ser realizado quando do arquivamento<sup>29</sup>. Importante mencionar que o arquivamento do Inquérito Civil deve, necessariamente, passar pelo controle de um órgão superior de revisão (geralmente passa pelo Conselho Superior).

Outro ponto importante é que o art. 9º é bem claro ao falar em arquivamento do Inquérito Civil após esgotadas todas as diligências, ou seja, caso o órgão superior de revisão entenda serem, além de necessárias, possíveis outras diligências, poderá determinar o retorno dos autos para que o membro do Parquet possa prosseguir com as investigações.

Acerca das hipóteses de arquivamento do Inquérito Civil, Andrade, Masson e Andrade (2019) asseveram que “serão arquivados fundamentadamente por seu presidente, quando, esgotadas todas as possibilidades de diligências, ele se convença de que não existe fundamento para propositura de ação civil pública. Isso ocorrerá, por exemplo, quando se constatar”:

- a) Que não houve lesão ou ameaça de lesão a um interesse cuja tutela incumbisse ao MP tutelar, ou não se conseguiu identificar um responsável por sua reparação (lesão) ou eliminação (ameaça); ou

---

<sup>29</sup> Art. 9º (...)

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

§ 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento.

§ 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

- b) Que a lesão foi reparada ou a ameaça desapareceu e não se vislumbra a necessidade de medidas adicionais (p. ex. a empresa poluidora reparou espontaneamente o dano ambiental e tomou medidas para que ele não se repita); ou
- c) Que o responsável pelo dano ou ameaça assinou perante o Ministério Público um termo de compromisso de ajustamento de conduta;
- d) Que já há processo judicial em curso visando as medidas necessárias para salvaguarda do interesse lesado ou ameaçado. (ANDRADE, MASSON E ANDRADE 2019, p. 216)

Ao referidos autores mencionam ainda o art. 4º da resolução nº 174/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público que, por analogia, acrescenta mais uma causa de arquivamento do Inquérito Civil, a saber, “se a lesão ao bem jurídico tutelado for manifestamente insignificante, nos termos da jurisprudência consolidada ou orientação do Conselho Superior ou de Câmara de Coordenação e Revisão”.

Outro detalhe acerca dos arquivamentos de Inquéritos Cíveis é que nem todo arquivamento sujeita-se ao controle de órgão superior de revisão, a exemplo daqueles promovidos pelo Procurador Geral da República.

O arquivamento não se sujeita homologação judicial, não impede a propositura de ação por outro legitimado, bem como não impede a abertura de novo inquérito.

Constatada irregularidade possível de ser sanada pela via extrajudicial, pode-se propor o Termo de ajustamento de Conduta para que o indiciado possa adequar-se aos parâmetros legais, regularizando sua conduta de maneira consensual e extrajudicial.

Não sendo o caso de arquivamento e, exauridas todas as possibilidades de solucionar consensual e extrajudicialmente as irregularidades investigadas e constatadas por meio de Inquérito Civil e, frustrado o cumprimento de eventual Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre

o Ministério Público e o investigado, não resta outra opção ao *Parquet* a não ser a propositura de Ação Civil Pública.

### **3.4. O Compromisso de Ajustamento de Conduta**

Introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela primeira vez em 1990, com a promulgação da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)<sup>30</sup>, o Compromisso de Ajustamento de Conduta pode ser entendido, atualmente, como um meio de autocomposição extrajudicial, concretizado por meio de um acordo que versa sobre a tutela de direitos transindividuais (não obstante que, nessa primeira positivação, o aludido compromisso restringia-se à tutela dos direitos da criança e do adolescente).

Também em 1990, a Lei nº 8.078/90 (Código de defesa do consumidor) adicionou ao art. 5º da Lei nº 7.347.85 (Lei da Ação Civil Pública) o parágrafo 6º, que dispõe da seguinte redação: “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Diante desse acréscimo, é evidente a ampliação da abrangência e possibilidade de celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta para regularizar qualquer ameaça ou violação à direitos metaindividuais.

Posteriormente, a Lei nº 12.529/2011 (Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica) trouxe uma espécie bem específica de Compromisso de Ajustamento de Conduta em seu art. 85<sup>31</sup>, denominada

---

<sup>30</sup> Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

<sup>31</sup> Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

“compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus atos lesivos”.

A Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, no âmbito de atuação do *Parquet*, regulamenta a tomada do Compromisso de Ajustamento de Conduta que, conforme dispõe seu artigo 1<sup>o</sup><sup>32</sup>, “é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos,

---

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I - a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

§ 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei.

§ 3º (VETADO).

§ 4º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez.

§ 5º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial.

§ 6º A apresentação de proposta de termo de compromisso de cessação de prática não suspende o andamento do processo administrativo.

§ 7º O termo de compromisso de cessação de prática terá caráter público, devendo o acordo ser publicado no sítio do Cade em 5 (cinco) dias após a sua celebração.

§ 8º O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial.

§ 9º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.

§ 10. A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados.

§ 11. Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução.

§ 12. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade se se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade.

§ 13. A proposta de celebração do compromisso de cessação de prática será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos.

§ 14. O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o termo de compromisso de cessação.

§ 15. Aplica-se o disposto no art. 50 desta Lei ao Compromisso de Cessação da Prática.

<sup>32</sup> 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.

§ 10 Não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação

individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público”, definindo ainda sua natureza jurídica de negócio jurídico, bem como sua finalidade, a saber, “a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais”, e sua “eficácia de título executivo extrajudicial”.

Andrade, Masson e Andrade (2019) explicam que, por meio do Compromisso de Ajustamento de Conduta, “alguns legitimados podem tomar dos responsáveis pelo dano ou ameaça o compromisso de que adequarão sua conduta às exigências legais e constitucionais, reparando o dano ou afastando a ameaça, sob pena de cominações”. Os mencionados autores ainda destacam que “as obrigações e cominações são reduzidas a termo, razão pela qual também é comum referir-se ao instituto do compromisso por alusão ao termo que o documenta: termo de compromisso de ajustamento de conduta, ou, simplesmente, termo de ajustamento de conduta (TAC)”.

Diante disso, imperiosa se faz a distinção técnica entre os termos Compromisso de Ajustamento de Conduta e Termo de Ajustamento de Conduta, de maneira que o primeiro é um instituto jurídico, ao passo que o segundo é o instrumento pelo qual o instituto se concretiza. Embora sejam, na prática, muitas vezes utilizados como sinônimos, distinguem-se tecnicamente.

---

das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados.

§ 20 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.

§ 30 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.

§ 40 Caberá ao órgão do Ministério Público com atribuição para a celebração do compromisso de ajustamento de conduta decidir quanto à necessidade, conveniência e oportunidade de reuniões ou audiências públicas com a participação dos titulares dos direitos, entidades que os representem ou demais interessados.

Acerca da legitimidade para celebração do instituto em questão, diferentemente da exclusividade conferida constitucionalmente ao Ministério Público para instauração do Inquérito Civil, todos os órgãos públicos legitimados à propositura de Ações Cíveis Públicas são também legitimados à tomar compromisso de ajustamento de conduta, conforme dispõem o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei da Ação Civil Pública. Nessa esteira, Mazzilli leciona que:

Como o Ministério Público não é o único legitimado que pode tomar compromisso de ajustamento do causador do dano, embora seja o único que disponha do instrumento do inquérito civil, a conclusão a que se chega é que o compromisso de ajustamento só será lavrado em autos de inquérito civil quando for tomado pelo Ministério Público, não pelos demais órgãos públicos legitimados. Outrossim, se o compromisso sobrevier no curso de um inquérito civil, poderá ser invocado como fundamento para arquivar a investigação instaurada, desde que ele solucione todos os pontos objetivados no inquérito. (MAZZILLI, 1999, p. 304)

Ainda no que diz respeito à legitimidade para tomar o Compromisso de Ajustamento de Conduta, Andrade, Masson e Andrade, explicam que:

É pacífico que a locução “órgãos públicos”, empregada na LACP e no ECA, deve ser interpretada no mesmo sentido de “entes públicos”, mais adequada por abarcar não apenas órgãos (que, a rigor, não detêm personalidade jurídica, e são parte de uma pessoa jurídica ou instituição pública) como também as instituições (p. ex., Ministério Público) e pessoas jurídicas de direito público (p. ex., entes públicos, autarquias). Diferentemente, associações e fundações privadas não podem fazê-lo, por possuírem personalidade jurídica de direito privado.

Controvérsia há em relação às sociedades de economia mista e as empresas públicas, que apesar de possuírem personalidade jurídica de direito privado, estão ligadas à Administração Pública. Há dois entendimentos à respeito:



- i. Não são legitimadas, pois não possuem personalidade jurídica de direito público.
- ii. Podem ser ou não legitimadas: se sua finalidade é a prestação de serviços públicos, atuam como órgãos públicos, estando, portanto, legitimadas; se seu objetivo é a exploração de atividades econômicas, atuam como entes privados, não estando legitimadas. (ANDRADE, MASSON e ANDRADE, 2019, p. 266-267)

Em relação ao objeto do Compromisso de Ajustamento de Conduta, como já explicado, como o comprometente é apenas um representante do direito ora tutelado (legitimação extraordinária), não pode abrir mão de seu conteúdo, mesmo que parcialmente. Assim, os termos do compromisso podem definir apenas o modo, lugar e tempo no qual o dano ao interesse coletivo (*latu sensu*) deve ser reparado, ou a ameaça deve ser afastada, nos termos do art. 1º, parágrafo 1º da Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Existe a possibilidade de o Compromisso de Ajustamento de conduta ser celebrado de maneira preliminar, com medidas emergenciais ou provisórias, ocasião em que o procedimento administrativo investigatório (procedimento preparatório ou inquérito civil) não será arquivado, haja vista ausência de uma solução definitiva para o problema. Pode ainda o mencionado compromisso ser aditado, impugnado ou substituído. Andrade, Masson e Andrade lecionam que:

Nada obsta que os colegitimados que não tenham participado do termo de compromisso discordem de suas cláusulas, podendo buscar sua complementação e/ou impugnação, quando o título for incompleto (quando as obrigações pactuadas não forem suficientemente abrangentes para a proteção do bem jurídico), contiver vício insanável (o que ocorreria, por exemplo, se houvesse desvio de finalidade por parte do órgão tomador do compromisso em benefício do compromissário, ou ilegítima transação a respeito de direito transindividual), ou for coercivamente débil (quando as sanções cominatórias pactuadas

forem insuficientes para convencer o compromissário a cumprir a obrigação principal). (ANRADE, MASSON e ANDRADE, 2019, p. 275)

Além disso, o próprio comprometente pode aditar um Termo de Ajustamento de Conduta já celebrado, em decorrência de fato superveniente relacionado ao objeto do primeiro Compromisso, no intuito de obter uma solução mais célere ao conflito que envolva interesses transindividuais.

A despeito de sua natureza jurídica, não obstante a Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público a defina expressamente como de um negócio jurídico, conforme cima mencionado, é ainda objeto de debate na doutrina se o Compromisso de Ajustamento de Conduta possuiria, ou não, a natureza jurídica de uma transação.

Mazzilli (1999) ao falar sobre a natureza do instituto, apenas menciona ser ele um título executivo extrajudicial, não exigindo, portanto, homologação judicial. Contudo, diante da possibilidade de ser tomado em juízo, tornar-se-á, nessa hipótese, título executivo judicial. Destaca, por fim, que “só será necessária a homologação judicial se o compromisso versar questões já controvertidas em juízo e se, por seu intermédio, se quiser extinguir o processo”.

Gomes Júnior (2008) menciona Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, defendendo que a natureza jurídica do Compromisso de Ajustamento de Conduta mais se assemelha a um reconhecimento jurídico do pedido do que à uma transação propriamente dita, concluindo que, “de qualquer modo, seria inviável em se tratando de direitos indisponíveis”.

Ana Luiza de Andrade Nery (2012) define a natureza jurídica do Compromisso de Ajustamento de Conduta como um “negócio jurídico transacional híbrido”, tendo em vista que possui tanto características de

negócio jurídico, regido pelo direito privado/civil, mas também possui características de ato administrativo, regido pelo direito público/administrativo.

Destaca-se ainda o entendimento de Andrade, Masson e Andrade, segundo o qual:

Seja como for, não há dúvida sobre o caráter jurídico bilateral do compromisso, de modo que ele está sujeito às mesmas condições de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos em geral, sendo passível, portanto, de questionamento judicial quanto à falta de qualquer dessas qualidades. Aliás, o CNMP, na Resolução 179/2017, o define expressamente como negócio jurídico. (ANDRADE, MASSON e ANDRADE, 2019, p. 269)

Desta forma, a existência do Compromisso de Ajustamento de Conduta, celebrado por meio do Termo de Ajustamento de Conduta, vincula-se à satisfação dos elementos constitutivos do negócio jurídico (agente, objeto e forma), e sua validade requer o preenchimento dos requisitos de validade (capacidade do agente, licitude, possibilidade do objeto e manifestação de livre vontade).

No intuito de obrigar o compromissário a cumprir com o pactuado em sede de Compromisso de Ajustamento de Conduta, o Termo de Ajustamento deve conter sanções (cominações), a exemplo de multas diárias ou incidentes em cada ocorrência ou omissão de conduta proibida/ilegal. Em caso de Compromisso tomado por órgão do Ministério Público, dispõe o art. 5º da Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público que, quando não for possível a reconstituição específica do bem lesado, as indenizações pecuniárias referentes a danos a direitos ou interesses difusos e coletivos e as liquidações de multas deverão ser destinadas a fundos federais, estaduais e municipais que

tenham o mesmo escopo do fundo previsto no art. 13 da Lei no 7.347/1985<sup>33</sup>.

Entretanto, não existe obrigatoriedade para que a sanção seja pecuniária, podendo constituir-se em obrigação de fazer ou, também, em obrigação de não fazer, a depender do caso concreto. As sanções devem sempre ser pautadas pela razoabilidade e proporcionalidade, de modo que sejam passíveis de cumprimento pelo compromissário.

Acerca da eficácia do Compromisso de Ajustamento de Conduta, é necessário que, primeiramente, o negócio jurídico exista, cumprindo ressaltar que a ausência de eficácia não é defeito do negócio jurídico, mas apenas a ausência de suas consequências. Reputa-se eficaz o negócio jurídico que produz todos os efeitos que deveria desencadear e, ineficaz, aquele que não irradia os efeitos que deveria.

Pode-se dizer que o Compromisso de Ajustamento de Conduta possui eficácia expandida, podendo ser *erga omnes* ou *ultra partes*, a depender do assunto tratado. Isso significa que, o Compromisso de Ajustamento de Conduta repercute, tanto na esfera jurídica das partes que o subscreveram, como na dos titulares dos direitos metaindividuais, objeto do Compromisso.

---

<sup>33</sup> Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

§ 1º. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

§ 2º Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.

Celebrado o Compromisso de Ajustamento de Conduta por meio do Termo de Ajustamento devidamente assinado, deve haver o acompanhamento e execução de cumprimento (ou não) do mencionado Instrumento.

Tratando-se de compromisso tomado pelo Ministério Público, a Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público dispõe acerca dos procedimentos a serem adotados após a celebração do Compromisso de Ajustamento de Conduta, para fiscalização de seu cumprimento e, em caso de descumprimento, sua execução, em seus arts. 9º, ao 12<sup>34</sup>.

O acompanhamento do cumprimento do que foi pactuado no Termo de Ajustamento de Conduta pode ocorrer no bojo dos próprios autos que foi celebrado, caso ainda não tenha sido encerrado, não obstante seja mais comum a instauração de procedimento administrativo com o exclusivo fim de fiscalizar a execução do cumprimento das cláusulas do mencionado termo. Ressalta-se que o procedimento

---

<sup>34</sup> Art. 9º O órgão do Ministério Público que tomou o compromisso de ajustamento de conduta deverá diligenciar para fiscalizar o seu efetivo cumprimento, valendo-se, sempre que necessário e possível, de técnicos especializados. Parágrafo único. Poderão ser previstas no próprio compromisso de ajustamento de conduta obrigações consubstanciadas na periódica prestação de informações sobre a execução do acordo pelo compromissário.

Art. 10. As diligências de fiscalização mencionadas no artigo anterior serão providenciadas nos próprios autos em que celebrado o compromisso de ajustamento de conduta, quando realizadas antes do respectivo arquivamento, ou em procedimento administrativo de acompanhamento especificamente instaurado para tal fim.

Art. 11. Descumprido o compromisso de ajustamento de conduta, integral ou parcialmente, deverá o órgão de execução do Ministério Público com atribuição para fiscalizar o seu cumprimento promover, no prazo máximo de sessenta dias, ou assim que possível, nos casos de urgência, a execução judicial do respectivo título executivo extrajudicial com relação às cláusulas em que se constatar a mora ou inadimplência.

Parágrafo único. O prazo de que trata este artigo poderá ser excedido se o compromissário, instado pelo órgão do Ministério Público, justificar satisfatoriamente o descumprimento ou reafirmar sua disposição para o cumprimento, casos em que ficará a critério do órgão ministerial decidir pelo imediato ajuizamento da execução, por sua repactuação ou pelo acompanhamento das providências adotadas pelo compromissário até o efetivo cumprimento do compromisso de ajustamento de conduta, sem prejuízo da possibilidade de execução da multa, quando cabível e necessário.

Art. 12. O Ministério Público tem legitimidade para executar compromisso de ajustamento de conduta firmado por outro órgão público, no caso de sua omissão frente ao descumprimento das obrigações assumidas, sem prejuízo da adoção de outras providências de natureza civil ou criminal que se mostrarem pertinentes, inclusive em face da inércia do órgão público compromitente.

administrativo, no âmbito de atuação do Ministério Público, é regulamentado pela Resolução nº 174/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público e não possui caráter investigativo<sup>35</sup>.

Verificado o cumprimento de todas as cláusulas estabelecidas do Termo de Ajustamento de Conduta, será o procedimento administrativo arquivado no próprio órgão que o instaurou, devendo apenas ser o Conselho Superior do Ministério Público comunicado do aludido arquivamento (neste caso, o arquivamento não se sujeita à apreciação da instância superior). Em caso de descumprimento do que foi pactuado, poderá o órgão do Ministério Público executá-lo judicialmente.

A lei da Ação Civil Pública atribuiu ao Compromisso de Ajustamento de Conduta a eficácia de título executivo extrajudicial, de forma que, caso o compromissário fique inadimplente com as obrigações por ele assumidas (cláusulas contidas no Termo de Ajustamento), poderá o compromitente executar diretamente o Compromisso de Ajustamento de Conduta, de forma a evitar o lento e oneroso processo de conhecimento.

O título executivo é pressuposto de qualquer execução (*nulla executio sine titulo*) e, para que seja executado Compromisso de Ajustamento de Conduta, já celebrado e não cumprido, devem estar presentes os requisitos necessários à toda e qualquer execução.

Ponto importante trazido por Andrade, Masson e Andrade, é a possibilidade de da realização de protesto extrajudicial de Termos de

---

<sup>35</sup> Art. 8º O procedimento administrativo é o instrumento próprio da atividade-fim destinado a:

I – acompanhar o cumprimento das cláusulas de termo de ajustamento de conduta celebrado;

II – acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, políticas públicas ou instituições;

III – apurar fato que enseje a tutela de interesses individuais indisponíveis;

IV – embasar outras atividades não sujeitas a inquérito civil

Parágrafo único. O procedimento administrativo não tem caráter de investigação cível ou criminal de determinada pessoa, em função de um ilícito específico.

Ajustamento de Conduta não cumpridos, mecanismo que vem cada vez mais se mostrando eficaz na cobrança extrajudicial de dívidas. Os autores explicam que:

Muito embora o novo CPC trate do tema apenas em relação a títulos executivos judiciais (art. 517), fato é que o artigo 1º da Lei 9.429/97 (conhecida como “Lei do Protesto”) já havia ampliado o leque de títulos passíveis de protesto, ao admiti-lo em face do descumprimento de obrigação originada “em títulos e outros documentos de dívida”. Desde então, não mais se vinculava o protesto exclusivamente aos títulos cambiários. (ANDRADE, MASSON e ANDRADE, 2019, p. 279)

Dito de outro modo, é reconhecido que o Inquérito Civil e o Compromisso de Ajustamento de conduta são institutos utilizados para a tutela dos interesses transindividuais. O Inquérito Civil, procedimento administrativo inquisitorial, possibilita a investigação de suposta irregularidade no âmbito civil e, confirmada a conduta irregular, é comum que se faculte ao representado a celebração do Compromisso de Ajustamento de Conduta, viabilizado por meio do Termo de Ajustamento de Conduta para que o investigado possa se adequar às exigências legais.

Contudo, o Compromisso de Ajustamento de Conduta não é adstrito ao Inquérito Civil, podendo ser celebrado por outros órgãos públicos, além do Ministério Público, independentemente de instauração do referido procedimento.

Nessa esteira e, de relevância para a presente pesquisa, a Medida Provisória de nº 703 foi editada também no ano de 2015, alterando a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. Ocorre que, além da finalidade acima mencionada, referida Medida Provisória revogou o parágrafo primeiro do artigo 17 da Lei 8.429/92, que

vedava expressamente a celebração de qualquer tipo de acordo em hipótese de Improbidade Administrativa.

Desta forma possibilitou-se, durante o período de vigência da MP 703, a celebração de acordos e transações nos procedimentos judiciais e extrajudiciais que versavam sobre Improbidade Administrativa, inclusive de Termos de Ajustamento de Conduta, não obstante a dissonância em relação à sua natureza jurídica.

Contudo, findando-se a vigência da aludida norma no ordenamento jurídico, em maio de 2016, retoma-se a celeuma da possibilidade ou não de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta em hipóteses de Improbidade Administrativa, diante da divergência acerca de sua natureza jurídica face a vedação contida no artigo 17, parágrafo 1º da Lei 8.429/92.

A respeito do assunto, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, à época, que, findo o prazo de vigência da aludida medida provisória, prevaleceria a disposição contida no artigo 17, parágrafo 1º da Lei nº 8.429/92, conforme pode-se extrair do julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial 1654462/MT.

Em julho de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público decidiu regulamentar institucionalmente a tomada do Compromisso de Ajustamento de Conduta por meio da Resolução nº 179/17 e, dentre as hipóteses mencionadas na Resolução, encontra-se no artigo 1º, parágrafo 2º, a Improbidade Administrativa.

O parágrafo 2º do artigo 1º da mencionada Resolução dispõe que 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.



Obviamente, o mencionado dispositivo foi alvo de inúmeras críticas, inclusive de se tratar de Resolução *contra legem*, indo de encontro ao disposto no artigo 17, parágrafo 1º da Lei 8.429/92 à época.

Em um primeiro momento, pode-se de fato afirmar que o dispositivo em questão contradizia o disposto na Lei nº 8.429/92. Entretanto, ressalta-se aqui mais uma vez a discussão acerca da natureza jurídica do Compromisso de Ajustamento de Conduta. Para aqueles, a exemplo de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, que entendem que o Compromisso de Ajustamento de Conduta não é uma espécie de acordo ou transação, tendo em vista que o Poder Público não dispõe dos direitos em relação aos quais é representante da sociedade, mas apenas propõe à parte investigada, praticante da ilegalidade, a adequação de sua conduta aos parâmetros legais, fazendo cessar a violação ao direito da coletividade, a referida Resolução estaria de acordo com o disposto na Lei de Improbidade Administrativa.

Noutro giro, para autores, como Alexandre Gavronski, que entendem ser o Compromisso de Ajustamento de Conduta uma espécie de acordo, a Resolução no 179 do Conselho Nacional do Ministério Público estaria disciplinando conteúdo contrário à Lei no 8.429/92, devendo, então, ser retirada do ordenamento jurídico.

Destaca-se que as Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público não estão sujeitas ao controle de legalidade, tendo em vista que amparam sua validade na Constituição da República, que não possui nenhuma restrição ou vedação quanto à celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta tanto nas ações judiciais quanto nos Inquéritos Cíveis relativos à apuração da prática de atos de Improbidade Administrativa.

A Constituição da República tutela, em seu artigo 37, o princípio da moralidade administrativa, de forma a proteger toda a coletividade quanto

à prática de atos de Improbidade Administrativa, objetivo que coincide com a possibilidade de celebração de Compromisso de Ajustamento de conduta possibilitada pela Resolução no 179 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Outrossim, entende-se nesta pesquisa que o Compromisso de Ajustamento de Conduta não possui natureza jurídica de acordo ou transação, tendo em vista que seu objeto traduz-se no reconhecimento e cumprimento de uma obrigação legal, não se confundindo com acordo ou transação que pressupõem concessões recíprocas.

Desta forma, entende-se que a Resolução nº 179 do Conselho Nacional do Ministério Público, além de não ser contrária ao disposto no artigo 17, parágrafo 1º da lei 8.429/92, haja vista não ser o Termo de Ajustamento de Conduta sinônimo de acordo, também atende aos ditames constitucionais de proteção efetiva da probidade administrativa, pelo que possui aplicabilidade.

**Os reflexos da impossibilidade de celebração de compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses de improbidade administrativa nos 28 anos subsequentes à promulgação da Lei 8.429/92: institutos jurídicos semelhantes ao compromisso de ajustamento de conduta inseridos no ordenamento jurídico brasileiro e norte americano**

Conforme já abordado no presente trabalho, o legislador, ao formular a redação do antigo parágrafo primeiro do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, teve a melhor das intenções, à época, se precavendo ao vedar qualquer espécie de acordo, conciliação ou transação em Improbidade Administrativa, no intuito de resguardar o patrimônio público, diante de sua indisponibilidade.

Ocorre que, com o passar dos anos, foram promulgadas algumas leis, de cunho civil e penal, possibilitando a celebração de acordo em outras hipóteses semelhantes à Improbidade Administrativa e, ainda, em hipóteses mais gravosas, a exemplo das penais.

Diante disso, surge o questionamento da razão para a vedação, até então inserida no artigo 17, parágrafo primeiro, da lei nº 8.429/92, diante da possibilidade de realização de transações em hipóteses semelhantes à Improbidade Administrativa e até mesmo em ocasiões mais gravosas.

Ressalta-se, mais uma vez, que a natureza jurídica do Compromisso de Ajustamento de Conduta ainda é objeto de controvérsias no Direito. Contudo, entendendo que o posicionamento mais adequado, conforme explicado no capítulo anterior, consiste na definição do Compromisso de Ajustamento de Conduta como um negócio jurídico transacional híbrido,

nos dizeres de Ana Luiza de Andrade Nery (2012), tendo em vista que possui tanto características de um negócio jurídico privado, regido pelo Código Civil, quanto peculiaridades de atos administrativos, emanados pela Administração Pública e regidos por normas de direito público.

Desta forma pondera-se que, a celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta pela Administração Pública com o particular que age em dissonância com os ditames legais, não pode ser considerada uma transação propriamente dita. Trata-se de um mecanismo mais célere que uma ação judicial, que possibilita ao infrator sua adequação aos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico pátrio, sem que a Administração Pública tenha que dispor de seu patrimônio para tanto.

Nas hipóteses de Improbidade Administrativa, por exemplo, em que o Ministério Público, após investigação por meio de Inquérito Civil ou Procedimento Preparatório, conclui que houve de fato a prática do ato ímprobo e consegue identificar o sujeito ativo, é comum que antes da propositura de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, seja o sujeito ativo do ato ímprobo notificado para manifestar se possui interesse em celebrar Compromisso de Ajustamento de Conduta. Isso, conforme também já explicado na presente pesquisa, ocorre com fundamento na Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Caso haja resposta positiva, ambas as partes serão beneficiadas com a solução extrajudicial do conflito. O sujeito ativo do ato ímprobo não sofrerá as consequências a ele impostas com o ajuizamento de uma ação judicial, a exemplo da indisponibilidade de seus bens, que geralmente perdura por anos, diante da complexidade das referidas ações, bem como da morosidade do judiciário brasileiro, que já é uma pena em si mesma.

Além disso, adequando-se aos parâmetros legais estabelecidos nas cláusulas do Termo de Ajustamento de Conduta, resolverá de pronto a situação irregular em que se encontrava e, em caso de ressarcimento ou

pagamento de multa, poderá inclusive discutir o valor e a forma de pagamento, findando em meses o que, judicialmente, demoraria mais de uma década. A Administração Pública (e toda a coletividade por ela representada), por sua vez, não terá que suportar o ônus de uma ação judicial, promoverá a regularização de uma situação ilegal de maneira mais célere e eficiente e, em caso de ressarcimento, receberá os valores devidos em um tempo muito menor do que receberia por meio de uma ação judicial.

Assim sendo, percebe-se que, além das inúmeras vantagens tanto para o compromitente quanto para o compromissário, em momento algum a Administração Pública dispõe de seu patrimônio. Ela apenas faculta ao infrator uma opção mais célere, eficaz e menos burocrática de solução extrajudicial do conflito, para que ele regularize e repare aquilo que fez em prejuízo da Administração Pública e, conseqüentemente, de toda à coletividade. Pode-se falar, eventualmente, na disposição ou mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação civil pública, mas não acerca de disposição do interesse público.

Diante do exposto, abordaremos a seguir os principais exemplos que, nos anos que sucederam à promulgação da lei 8.429/92, foram também promulgados, admitindo a celebração de acordo/transação no ordenamento jurídico brasileiro, para demonstrar que a vedação contida no parágrafo primeiro do artigo 17, da lei 8.429/92 não mais se justificava.

#### **4.1. Institutos penais que possibilitam a transação (despenalizadores)**

A consensualidade não é uma característica historicamente presente no processo penal brasileiro, conforme ensina Emerson Garcia<sup>36</sup>, explicando que princípios como os da obrigatoriedade e da indisponibilidade

---

<sup>36</sup> GARCIA, Emerson. **A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992**. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html>. Acesso em 12 fev. 2020

são reconhecidos como estruturantes do sistema processual penal e sempre auferiram grande prestígio junto à doutrina especializada<sup>37</sup>, quadro que permaneceu quase inalterado até o final do século XX.

Entretanto, quando da aplicação do direito penal, entendo, atualmente, que o encarceramento como meio de punição não é o único e nem o método mais eficaz de pacificar a sociedade, retribuir à infração praticada, ressocializar o indivíduo e educa-lo por meio da pena privativa de liberdade. Diante disso, tem-se que o delinquente, em determinadas ocasiões, pode ser beneficiado por mecanismos de diminuição ou conversão da pena mediante o cumprimento de determinados requisitos.

Não obstante exista a obrigatoriedade do Estado em punir a prática dos ilícitos penais por meio da ação penal e suas consequências, entende-se que, em relação as infrações de menor potencial ofensivo, por exemplo, os meios alternativos de solução de conflitos se mostram mais eficazes. Desta forma, o Poder Judiciário consegue dedicar-se com mais afinco as infrações penais mais graves, que exigem maior esforço em seu deslinde.

Nesse sentido, importante mencionar acerca do direito de intervenção, cujo precursor artífice é Winfried Hassemer.

Para Hassemer (1999), o Direito Penal clássico havia se tornado insuficiente, diante da criminalidade da sociedade moderna. Ele distingue os

---

<sup>37</sup> Hélio Tornaghi defendia a obrigatoriedade da ação penal com base na fórmula do art. 24 do CPP, que utiliza a expressão “será promovida”. Junto com a “inesistibilidade”, consagrada no art. 42, ao dispor sobre a impossibilidade de o Ministério Público desistir da ação penal, são formas da mesma realidade jurídica, qual seja, a indisponibilidade (Instituições de Processo Penal, 2º vol. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 326-327; e Compêndio de Processo Penal, vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 43-44). Eugênio Pacelli de Oliveira destaca que a única distinção entre obrigatoriedade e indisponibilidade diz respeito ao momento processual em que incidem: a primeira antes do ajuizamento da ação penal, a segunda depois (Curso de Processo Penal. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.102-105). Marcellus Polastri Lima, com propriedade, ressalta que a obrigatoriedade já se faz presente na fase do inquérito policial, pois, conforme o art. 5º do CPP, “nos crimes de ação penal pública o inquérito será iniciado...”, sendo certo que a indisponibilidade, como determina o art. 576, se estende à fase recursal (Curso de Processo Penal. 9ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 215). Aury Lopes Júnior, por sua vez, lembra que a obrigatoriedade é a antítese dos princípios da oportunidade e da conveniência, não adotados no sistema brasileiro, que permitiriam ao Ministério Público “ponderar e decidir a partir de critérios de política criminal com ampla discricionariedade” (Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 365).

crimes cujo bem jurídico tutelado é individual, daqueles em que há violação de bem jurídico de titularidade difusa, entendendo que o Estado deveria limitar-se a punir, por meio do Direito Penal, apenas as primeiras infrações.

O direito de intervenção, para Hassemer (1999) consiste na eliminação de uma parte da atual modernidade do direito penal, mediante a busca de uma dupla tarefa, que, a princípio reduziria o campo de aplicação do direito penal básico, fazendo parte dele somente as lesões à bens jurídicos individuais e sua efetiva colocação em perigo. Em segundo plano, concederia aos bens jurídicos “universais” – objeto dos maiores riscos e ameaças da atualidade, de natureza difusa e relativamente controláveis – um tratamento jurídico diverso do conferido aos bens individuais.

Hassemer (1999) também almejava a criação de um direito interventionista que possibilitasse tratar de forma adequada os problemas que, apenas de modo forçado, poderiam ser tratados pelo Direito Penal clássico, tendo em vista a ausência de vocação para lidar com as questões atinentes à modernidade. Para que o Direito Penal clássico não fosse sobrecarregado, os problemas/infrações decorrentes da modernização das sociedades deveriam ser regidos pelo direito de intervenção, “situado entre o Direito Penal e o Contravencional, entre o Direito Civil e o Direito Público, dotado de garantias menos amplas das que regem o Direito Penal clássico, com a consequente imposição de sanções menos drásticas”, ou seja, fora do Direito Penal.

Em síntese, o direito de intervenção proposto e defendido por Winfried Hassemer (2005), consiste na manutenção somente das condutas lesivas aos bens jurídicos individuais e também daquelas que causam perigo concreto, no âmbito do Direito Penal. As demais, de índole difusa ou coletiva, e causadoras de perigo abstrato, por serem apenas de maneira

mais branda, seriam reguladas por um sistema jurídico diverso, com garantias materiais e processuais mais flexíveis, possibilitando um tratamento mais célere e amplo dessas questões, sob pena de tornar o Direito Penal inócuo e simbólico. Além disso, não seria tarefa do Poder Judiciário aplicá-las, mas sim da Administração Pública. Cumpre consignar que o direito de intervenção, para ser efetivo, teria de contemplar preceitos que atualmente encontram-se no Direito Penal.

No Brasil, o caráter negocial da justiça penal iniciou-se após a proclamação da Constituição da República de 1988 e da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), trazendo a figura jurídica da “delação premiada”.

Emerson Garcia explica a respeito do assunto que:

A consensualidade, na Lei nº 8.072/1990, decorre do recebimento de um benefício penal, consistente na redução de pena, a partir do fornecimento de informações que produzirão algum efeito útil, permitindo o restabelecimento da paz social. Além disso, como o benefício será implementado quando da aplicação da pena, será imperativo o seu deferimento pelo Poder Judiciário, caso seja constatada a presença de uma colaboração que se mostre eficaz.

Apesar dos limitados contornos semânticos dos preceitos introduzidos pela Lei nº 8.072/1990, estão ali previstos os balizamentos dessa espécie de consensualidade no direito penal. São quatro os balizamentos:

- (a) expressa previsão das infrações penais em que a consensualidade é admitida, quer com indicação da tipologia, quer do limite máximo de pena das infrações penais, o que significa dizer que nem o Ministério Público, dominus litis da ação penal, nem o Poder Judiciário poderiam escolher livremente quando utilizar a consensualidade;
- (b) anuência do autor da infração penal em oferecer informações úteis à realização de um fim de interesse público, normalmente associado à persecução penal ou à reparação dos efeitos do ilícito;
- (c) efeitos da consensualidade em relação à pena a ser aplicada, que têm sido sensivelmente ampliados com o tempo, principiando pela possibilidade de redução, passando pela substituição da pena privativa de liberdade por uma



restritiva de direitos, sem contar a admissão de cumprimento em regime menos gravoso (v.g.: regime aberto ao invés do fechado), bem como a admissão de concessão do próprio perdão judicial;

(d) imprescindibilidade de apreciação judicial, o que significa dizer que competirá ao Poder Judiciário avaliar a presença dos requisitos exigidos e permitir a fruição, pelo indigitado autor do ilícito, dos benefícios autorizados pela legislação.<sup>38</sup>

*A priori*, o artigo 7º da Lei de Crimes Hediondos alterava o parágrafo 4º do artigo 159 do Código Penal (crime de extorsão mediante sequestro), que passou a vigorar, à época, com a seguinte redação: “se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

Destaca-se que, posteriormente à promulgação de lei 8.072/90, o dispositivo do Código Penal acima mencionado sofreu alterações oriundas da lei 9.269/96, dispondo atualmente que, se o crime é cometido em concurso, o concorrente que denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.

Certo é que, apesar da mudança na redação do parágrafo 4º do artigo 159 do Código Penal, o “prêmio” será obrigatoriamente concedido ao investigado ou acusado que realizar o acordo de delação premiada com a autoridade responsável pela persecução penal, conforme previsto inicialmente na lei 8.072/90, bem como entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus 26325/ES<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> GARCIA, Emerson. **A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992.** Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html>. Acesso em 12 fev. 2020

<sup>39</sup> CRIMINAL. HC. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. DOSIMETRIA. DELAÇÃO PREMIADA. INFORMAÇÕES EFICAZES. INCIDÊNCIA OBRIGATÓRIA. DESCONSIDERAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

Nesse segmento e, cinco anos depois, tem-se que o grande marco da consensualidade, verdadeira revolução no sistema penal brasileiro, ocorreu com a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, por meio da promulgação lei 9.099/95, trazendo o benefício da transação penal como alternativa à simples e tradicional aplicação objetiva do direito positivado.

Referida lei, em seu artigo 2º, dispõe que o processo nos Juizados Especiais orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. Percebe-se que o legislador prezou pelos critérios acima apresentados visando um procedimento descomplicado, mais célere e menos burocrático.

A transação penal é, segundo Renato Brasileiro de Lima (2019) uma espécie de acordo que ocorre entre o Promotor de Justiça (ou querelante, nos crimes de ação penal privada) e o autor do fato delituoso e consiste na faculdade que possui o Ministério Público, como titular da ação penal, de dispor de seu direito de ação (mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal), deixando de promover-la sob determinadas condições impostas ao infrator. O autor também explica que, celebrado o acordo, “é proposta a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, evitando, evitando-se, assim, a instauração do processo.

O termo “transação” pode ser entendido como o consenso entre as partes, convergência de vontades, acordo de propostas, ajuste de medidas e tudo o mais que represente uma conciliação de interesses.

---

A delação premiada prevista no art. 159, § 4º, do Código Penal é de incidência obrigatória quando os autos demonstram que as informações prestadas pelo agente foram eficazes, possibilitando ou facilitando a libertação da vítima. É viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu hipótese dos autos. Deve ser concedida a ordem para anular em parte o julgamento da apelação criminal nº 035980134890, a fim de que outro acórdão seja proferido, observando-se a incidência da delação premiada também em relação a ADRIANO ROGÉRIO DAMASCENO. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

## Renato Brasileiro de Lima ensina acerca fundamento constitucional da transação penal que:

O fundamento constitucional da transação está em dois dispositivos da Carta Magna: art. 98, inciso I, que autoriza, nas hipóteses previstas em lei; e, ainda, no art. 129, inciso I, que diz que são funções institucionais do Ministério Público promover a ação penal, *na forma da lei*. O exercício da ação penal pública deve, portanto, ser feito de acordo com os contornos da lei. E é exatamente a Lei nº 9.099/95 que traz o delineamento do cabimento da transação penal. (LIMA, 2019, p. 534)

O artigo 76, da lei 9.099/95 dispõe que, “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”. Ou seja, haverá a celebração de um acordo para que o autor do fato delituoso, se for da vontade do representante do Ministério Público que oficia nos autos (ou do querelante) e, se preenchidos os requisitos elencados na referida lei, possa cumprir pena restritiva de direitos e/ou multa, em detrimento da pena privativa de liberdade imposta ao fato que praticou. Se a pena atribuída ao crime praticado for somente a de multa, poderá ser aplicada pela metade.

A transação penal, contudo, não poderá ser realizada, nos ditames da Lei nº 9.099/95, caso fique comprovado ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo ou não indicarem seus antecedentes, a conduta social e a personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Não havendo impedimentos e, aceita a proposta pelo autor da infração, a transação será homologada pelo juiz e não importará na caracterização de reincidência nem constará de anotações criminais, registrando-se a aplicação da penalidade apenas com vistas a impedir que o autor do fato, no período de cinco anos, se veja novamente alcançado pela medida benéfica.

No mesmo sentido, a lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais também traz consigo o instituto despenalizador da suspensão condicional do processo, disposto no caput do artigo 89, aplicável aos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não pela lei 9.099/95. Nessas hipóteses, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, pelo período de dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Renato Brasileiro leciona acerca dos fundamentos da suspensão condicional do processo que:

Segundo a doutrina, o que bem explica a natureza da suspensão condicional do processo é o *nolo contendere*, que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite a culpa nem proclama sua inocência. Por isso, não se confunde com o *guilty plea*, nem tampouco com o *plea bargaining*.

O tradicional instituto anglo-saxônico do *guilty plea* consiste numa forma de defesa perante o juízo em que o imputado admite que cometeu o fato a ele atribuído. Portanto, dessa assunção de culpa derivam efeitos civis, como a obrigação de indenizar.

No *plea bargaining* norte-americano, o imputado manifesta perante o Ministério Público sua decisão de declarar-se culpado, aceitando as imputações acordadas, assim como a pena pactuada, ao mesmo tempo em que renuncia a certas garantias processuais. (LIMA, 2019, p 568-569)

Ressalta-se que a suspensão condicional do processo, conforme dispõe a Lei nº 9.099/95, não possui aplicação restrita aos crimes de menor potencial ofensivo de competência dos Juizados Especiais Criminais, tendo em vista que condiciona sua aplicação aos crimes de pena mínima (e não máxima) igual ou inferior a um ano.

Diferentemente da transação penal, o Ministério Público, na suspensão condicional do processo, não dispõe de seu direito de ação, de maneira que denuncia o infrator da ordem jurídica (dando início a uma ação penal), porém, oferece-lhe o benefício de suspender a ação penal já iniciada, sob determinadas condições.

A suspensão poderá, contudo, ser revogada, se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por outro crime ou contravenção, ou descumprir qualquer condição a ele imposta. Expirado o prazo estabelecido, sem revogação, haverá a declaração judicial de extinção da punibilidade do réu.

Malgrado os Juizados Especiais Criminais sejam competentes apenas para o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo (infrações penais cujas penas máximas em abstrato não ultrapassem dois anos), importante lembrar que o Direito Penal é a instância mais gravosa de punição existente no ordenamento jurídico brasileiro, é a *ultima ratio* e, apesar disso, admite possibilidade de acordo/transação a exemplo da transação penal, no âmbito dos Juizados Especiais, e da suspensão condicional do processo, em todos os demais crimes, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos pela lei nº 9.099/95.

Outra possibilidade de acordo no Direito Penal encontra-se na lei nº 12.850/13, que dispõe sobre as organizações criminosas, investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o

procedimento criminal trazendo, detalhadamente, a figura da colaboração premiada como um dos meios de obtenção de prova.

Conforme disposto no artigo 3-A da mencionada lei, com as recentes alterações sofridas pela promulgação da lei 13.964/19 (pacote anticrime), o acordo de colaboração premiada é considerado, atualmente, um negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

Destaca-se que, conforme já mencionado, foi acrescido à lei em comentário o artigo 3-A, em decorrência do pacote anticrime, definindo as regras para a colaboração. Com isso, Guilherme de Souza Nucci explica que:

O art. 3º-A estipulou o que a doutrina vinha apregoando. Se a delação não serve para a condenação, isoladamente considerada (art. 4º, parágrafo 16: “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”), torna-se um sinal de que a delação é um meio eficiente de busca por provas. Enfim, um *meio de obtenção de provas*. É preciso ressaltar que, antes, quando a delação poderia acontecer, mas era premiada, muitos a consideravam um meio de prova, visto que o delator, sem ganhar nada, assumia o crime e indicava outrem. Não um meio de prova absoluto, mas relativo, que permitia prova em contrário. Tal situação, com o advento da delação premiada, quase não existe mais. A sua natureza jurídica fica mais bem delineada: negócio jurídico processual, instituto que comporta ganhos e perdas para as partes envolvidas, mas não somente a uma delas. (NUCCI, 2020, p. 153-154)

Trata-se de um instrumento de investigação criminal aplicável aos crimes tipificados na lei 12.850/13 e infrações correlatas, que possibilita que o autor ou o partícipe da infração penal contribua efetivamente para a elucidação do crime investigado e, com isso, seja “recompensado/premiado” por colaborar com os responsáveis pela persecução penal. Em suma,

é um benefício concedido ao investigado ou acusado que, admitindo sua participação no delito, fornece às autoridades informações capazes de contribuir para a resolução do crime.

Gabriel Habib explica que:

A colaboração premiada consiste em um acordo que o investigado ou réu faz com o Estado, no sentido de se obter um benefício em troca de informações prestadas por ele. Diz-se premiada porque o colaborador recebe um benefício do Estado em troca das informações prestadas. (...) o “prêmio” consiste na concessão do perdão judicial, na redução da pena ou na substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. (HABIB, 2017, p. 686-687)

O artigo 4º da lei 12.850/13 dispõe que o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, condicionando os benefícios acima mencionados as hipóteses constantes em seus incisos e parágrafos.

Merece o destaque o parágrafo 4º do mencionado artigo, que possibilita o não oferecimento da denúncia, se a proposta de acordo de colaboração referir-se à infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Assim, resta demonstrado que, inclusive em delitos graves como os elencados na lei 12.850/13, é perfeitamente possível a celebração de acordo, visando o interesse público na persecução penal.

Nessa esteira, há que se falar na previsão contida na Lei 9.430/96, a respeito do parcelamento e consequente pagamento do crédito tributário nos crimes contra a ordem tributária. A aludida lei dispõe em seu artigo

83, parágrafos 2º e 4º, acerca da suspensão da pretensão punitiva do Estado no que tange aos crimes tributários, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal<sup>40</sup>.

No mesmo sentido e, no parágrafo 4º do artigo em comento, a lei determina a extinção da punibilidade dos mencionados crimes quando as pessoas acima referidas efetuarem o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Ou seja, quanto aos crimes contra a ordem tributária, não será oferecida denúncia em caso de parcelamento formalizado na fase pré-processual e, de igual modo, caso o infrator quite o mencionado parcelamento, não será processado pelo crime praticado. Outrossim, em caso de inadimplemento do parcelamento pactuado, não há que se falar em suspensão da ação penal, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso ordinário em habeas corpus 105342 / RJ.

---

<sup>40</sup> Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento.

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

§ 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento.

§ 6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pela juiz.



Importante mencionar também o Acordo de Leniência presente na lei nº 12.529/11, aplicável aos crimes contra a ordem econômica. O artigo 87 do diploma legal em questão ensina que, nos crimes contra a ordem econômica e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei de Licitações e no Código Penal, a celebração de acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

O artigo 86 da lei nº 12.529/11, por sua vez, dispõe que o CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, com pessoas físicas e jurídicas autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações, com o processo administrativo e que essa colaboração resulte na identificação dos demais envolvidos na infração e na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

No que diz respeito aos institutos despenalizadores, cumpre ressaltar a previsão legal de celebração de acordo de não persecução penal, inserido no artigo 28-A do Código de Processo Penal pela lei 13.964/19 (pacote anticrime), que positivou o que já havia sido regulamentado pela resolução de nº 181/17 e posteriormente modificado pela resolução nº 183/18, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público.

Ressalta-se, contudo, que a atual positivação do acordo de não persecução penal recebeu algumas modificações em relação à regulamentação anteriormente prevista pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Nucci (2020), no que diz respeito à positivação do acordo de não persecução penal no art. 28-A do Código de Processo Penal, pela promulgação do pacote anticrime, explica que:

Em diversos países, criaram-se vários instrumentos de política criminal para evitar o encarceramento de quem comete uma infração de menor expressão, admite o erro e pretende não mais delinquir. No Brasil, com a inserção do art. 28-A, atingimos cerca de quatro oportunidades para evitar a aplicação (ou do cumprimento) da pena, mediante certos requisitos e determinadas condições. (...)

Essa reforma atenua, ainda, mais o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, mas é o reflexo da nova política criminal assumida por diversas nações, da qual não deveria ficar por fora a legislação brasileira. (NUCCI, 2020, p. 60)

O acordo de não persecução penal pode ser entendido como um meio alternativo, consensual e extrajudicial de solução de conflitos, que mitiga a obrigatoriedade da ação penal, caso preenchidos os requisitos contidos no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

O atual artigo 28-A do Código de Processo Penal<sup>41</sup>, por sua vez, prevê que, presentes os requisitos para oferecimento da denúncia, porém, tendo

---

<sup>41</sup> Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei

o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal, ausente de violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, poderá o Ministério Público propor acordo de não persecução penal. Contudo, referido acordo deverá ser necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as condições ajustadas cumulativa e alternativamente, disciplinadas nos incisos e parágrafos do mencionado artigo.

Percebe-se, diante dos exemplos elencados, uma grande tendência de expansão da justiça penal negociada no direito brasileiro, que vem se

---

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo;

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

demonstrando mais eficaz, com benefícios para ambas as partes da demanda processual.

Ademais, importantíssimo ressaltar, mais uma vez, que o direito penal, apesar de ser a instância cujas sanções revelam-se as mais graves, diante da possibilidade de haver cerceamento da liberdade ambulatorial do autor do fato delituoso por meio de pena privativa de liberdade, permite a celebração de acordo em diversas hipóteses.

Nesse sentido, Emerson Garcia<sup>42</sup> afirma que o sistema penal tem autorizado a celebração de acordos, os quais podem redundar na redução das sanções ou, no extremo, na própria concessão do perdão, conforme demonstrado. Contudo, esses acordos, em qualquer caso, sempre estão condicionados a apreciação judicial. Trata-se de técnica de operatividade do próprio sistema, que poderia ser inviabilizado com a persecução penal de toda e qualquer infração penal.

#### **4.2. A Possibilidade de celebração de acordo no direito norte americano (Plea bargaining)**

Os Estados Unidos, valem-se da justiça negocial há algum tempo, sob a justificativa da necessidade de uma solução célere e eficiente para o sistema penal, diante do crescente número de processos criminais nos tribunais, tendo obtido efeitos positivos resultantes de sua aplicação. Noutro giro, Jamil Chaim Alves (2019) explica que “a justiça consensual vem, paulatinamente, ganhando espaço no Brasil. Nas últimas décadas, surgiram várias leis contemplando institutos fundados no consenso entre as partes pra a resolução de conflitos penais.”

---

<sup>42</sup> GARCIA, Emerson. **A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992.** Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html>. Acesso em 12 fev. 2020

Ressalta-se, contudo, que o sistema jurídico adotado pelos Estados Unidos é o *Common Law* (baseado nos costumes), diferentemente do *Civil Law* (baseado em normas positivadas/atos legislativos), adotado no Brasil. Assim, malgrado traga-se a *plea bargain* na presente pesquisa como exemplo de consensualidade no direito penal, destaca-se a dificuldade de sua aplicação no Brasil diante da diferença do sistema jurídico aqui adotado. E, mesmo nos Estados Unidos, a *plea bargain* ainda apresenta variações de estado para estado, diante das próprias características da federação.

Diferentemente do sistema penal brasileiro, no sistema acusatório norte-americano não existe o princípio da obrigatoriedade da ação penal, de maneira que o Promotor de Justiça possui discricionariedade para iniciar ou não um caso, devendo avaliar, inicialmente, a conveniência em formular a acusação. Caso entenda necessária a acusação do infrator, pode facultar ao réu que aceite, imediatamente, a imposição de uma sanção mais branda, ou que seja responsabilizado por uma infração penal menos grave.

Nesse sentido a *plea bargain* caracteriza-se como instituto oriundo do sistema *Common Law*, consistindo em uma negociação pactuada entre Ministério Público e acusado, no intuito de que o acusado preste informações de interesse do *Parquet* para que este deixe de acusá-lo ou o faça de modo atenuado. Neste modelo, o acusado opta pelo exercício de seus direitos e garantias processuais e constitucionais ou pode abdicá-los em detrimento de algum benefício, facultando também declarar-se culpado das acusações para obter como contraprestação a redução no número de acusações ou na gravidade das sanções a serem aplicadas.

Alves assim conceitua o aludido instituto jurídico:

Plea bargaining é o acordo entabulado entre acusação e o réu, por meio do qual este confessa voluntariamente a prática de uma infração penal (*guilty*

*plea*) ou deixa de contestá-la (*plea of nolo contendere*), em troca de um benefício oferecido pelo promotor, como o reconhecimento de um crime menos grave, a retirada de uma ou mais infrações imputadas ou recomendação ao magistrado para a aplicação de uma sanção menos severa, evitando-se o processo. (ALVES, 2019, p. 227)

Em suma, trata-se de um negócio jurídico firmado entre acusação e acusado, indispensável a assunção de culpa, cabendo ao Judiciário somente o papel de executor do que foi pactuado.

Quando celebrada, a *plea bargain* produz efeitos em uma relação jurídica específica, ficando, contudo, impedida a rediscussão do mesmo caso por meio de nova acusação. Tal possibilidade somente ocorre diante da não obrigatoriedade do acusado em se submeter ao *Grand Jury*. Nesse sentido, explica Emerson Garcia<sup>43</sup> que o devido processo legal é delineado e aplicado em harmonia com a ordem jurídica, estando suscetível a influxos de consensualidade, de modo que as partes possam delinear o que lhes parece melhor, respectivamente, para o interesse público e o interesse individual.

Destaca-se que esse meio consensual de solução de conflitos, largamente utilizado nos Estados Unidos, diferencia-se da clássica justiça retributiva, em que se pretende somente a imposição de uma sanção ao infrator da norma penal, ausente qualquer possibilidade de negociação entre as partes.

No ordenamento jurídico brasileiro, pode-se considerar a colaboração premiada o instituto mais próximo à *plea bargain*.

---

<sup>43</sup> GARCIA, Emerson. **A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992**. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html>. Acesso em 12 fev. 2020

### 4.3. A Consensualidade no âmbito da tutela coletiva

O direito coletivo surge a partir do momento em que são identificadas demandas de caráter transindividual em que o direito individual não possuía mais mecanismos de tutela. Da mesma forma, entendo que a consensualidade no direito, também entendida como justiça negociada, vem ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro diante da ineficácia do Poder Judiciário na solução de conflitos, tanto individuais como coletivos.

No que concerne ao direito processual coletivo, destaca-se a ausência de previsão de meios alternativos e consensuais de solução de conflitos quando da promulgação das leis que deram início e balizam até hoje referido ramo do direito.

Grande marco da tutela de direitos coletivos *latu sensu* no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) não considerou em sua redação originária a possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, passando a inseri-lo em seu artigo 5º, parágrafo 6º, somente com alteração oriunda do artigo 113 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Emerson Garcia ensina que:

A grande importância desse compromisso reside em evitar a judicialização de questões que podem ser resolvidas a partir da convergência de vontades dos próprios pactuantes. A solução assim obtida tende a ser mais célere e menos traumática para todos, máxime para o violador de direito transindividual, que pode ter, dentre outras vantagens, prazos mais compatíveis com a sua realidade para o cumprimento da obrigação.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> GARCIA, Emerson. **A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992.** Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/1745-a-consensualidade-no-direito-sancionador-brasileiro-potencial-incidencia-no-ambito-da-lei-n-8-429-1992.html>. Acesso em 12 fev. 2020

Complementa ainda o mencionado autor, acerca da constatação da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação civil pública para que possa ser alcançado o mesmo resultado útil por instrumento diverso, ressaltando que a busca por esse resultado útil, ainda que trilhada por caminhos distintos, é direcionada pelo princípio da indisponibilidade do interesse público.

Entende-se, diante do exposto, que a consensualidade, representada no direito coletivo pelo Termo de Ajustamento de Conduta, não afronta a tutela dos direitos em questão, mas sim garante proteção, no sentido de possibilitar um resultado útil mais célere, eficaz, e mais vantajoso para ambas as partes, evitando a violação ou viabilizando a recomposição do bem jurídico tutelado.

É cediço que atualmente não mais subsiste o grande problema do acesso à justiça, ganhando espaço o questionamento acerca do respeito ao princípio da razoável duração do processo, no sentido de que a judicialização demonstra-se ineficaz, sobrecarregada e morosa diante da imensa quantidade de contendas submetidas à apreciação do Poder Judiciário. Além disso, não basta apenas ter um provimento final favorável, a quem quer que seja, diante de uma eventual impossibilidade de seu cumprimento.

Nesse sentido, é preciso buscar alternativas mais céleres, eficazes e palpáveis para solução de conflitos coletivos *latu sensu*, capazes de garantir, de fato, os direitos à coletividade.

Uma dessas alternativas, que demonstra-se altamente eficaz e que vem ganhando espaço nos dias atuais, sobretudo diante de um caráter resolutivo do Ministério Público, bem como diante da sobrecarga e ineficiência do Judiciário, é o Termo de Ajustamento de Conduta, disciplinado em leis, a exemplo da 7.347/85 (Ação Civil Pública) e da 13.140/15



(Mediação), regulamentado pela Resolução 179/17 do Conselho Nacional do Ministério Público.

#### **4.4. Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) e o acordo de não persecução cível**

A solução para toda essa celeuma sobre a possibilidade ou não de celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta em hipóteses judiciais e/ou extrajudiciais de Improbidade Administrativa veio com a promulgação da lei nº 13.964/19, popularmente denominada Pacote Anticrime.

Não obstante referida lei tenha trazido, quase que em sua totalidade, alterações penais e processuais penais, trouxe também consigo uma grande alteração na Lei de Improbidade Administrativa, modificando a redação do parágrafo único de seu artigo 17 e acrescentando, no mesmo artigo, o parágrafo 10-A.

Vigente no ordenamento jurídico brasileiro desde 23 de janeiro de 2020, diante das alterações promovidas pelo pacote anticrime (lei 13.964/19) na Lei de Improbidade Administrativa, Landolfo Andrade (2020) explica que o acordo de não persecução cível é o *nomen juris* conferido pelo legislador aos negócios jurídicos celebrados na seara da Improbidade Administrativa. O instituto jurídico em questão possibilitou, 28 anos após a promulgação da lei 8.429/92, a celebração de acordos na esfera da Improbidade Administrativa.

A lei de Improbidade Administrativa, em sua redação originária, vedava expressamente a celebração de qualquer transação, acordo ou conciliação nas hipóteses de Improbidade Administrativa (art. 17, parágrafo 1º).

Referido dispositivo foi alterado pela lei 13.964/19, de maneira a permitir expressamente a solução consensual em Improbidade Administrativa, nos seguintes termos: “as ações de que trata este artigo,

aditem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta lei”. O pacote anticrime também acrescentou no artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa o parágrafo 10-A, dispondo que, “havendo possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a noventa dias”.

Assim, a discussão acerca do cabimento ou não de acordo na esfera da Improbidade Administrativa está hoje superada, de forma que, atualmente, é plenamente possível a solução consensual em hipótese de Improbidade Administrativa.

Andrade, Masson e Andrade explicam que:

O que a Lei 8.429/1992 vedava e continuará vedando é a celebração de ajustes que violem a supremacia do interesse público sobre o privado. É dizer, não se admitirá nenhum tipo de ajuste que importe em renúncia aos bens jurídicos tutelados pela LIA, quer seja porque o patrimônio público e a moralidade administrativa são indisponíveis, quer seja porque os legitimados à tutela de tais bens não são os seus titulares. (ANDRADE, MASSON, ANDRADE, 2020, p. 980)

Antes da alteração promovida pelo pacote anticrime já havia a possibilidade de acordo de pretensão punitiva na esfera de Improbidade Administrativa, contudo, prevista apenas em Resolução do CNMP (art. 1º, parágrafo 2º da Res. 179/17) e demais resoluções dos Ministérios Públicos estaduais, conforme já explicado neste trabalho.

Pode-se afirmar que a lei 13.964/19 positivou o conteúdo da Resolução 179/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, prevendo expressamente em lei a possibilidade da negociação na esfera da Improbidade Administrativa.

Acerca da nomenclatura empregada pelo legislador, Landolfo Andrade (2020) leciona que ela possibilita o entendimento de que ele buscou estabelecer um paralelo com o acordo de não persecução penal, outra grande inovação também positivada pela lei 13.964/19, porém no âmbito do processo penal. Tanto as sanções penais quanto as da lei de Improbidade Administrativa integram o que a doutrina convencionou denominar de direito sancionador. A lei anticrime optou por padronizar as terminologias empregadas nas distintas instâncias de responsabilização, designando as soluções negociadas para seus respectivos conflitos, por meio das quais se viabiliza a aplicação imediata de sanções aos agentes infratores.

Landolfo Andrade (2020) também destaca que, tanto no acordo de não persecução penal quanto no acordo de não persecução cível, o agente infrator não precisa colaborar com as investigações (a colaboração é dispensada, não é requisito para celebração do acordo), diferentemente dos institutos de direito premial, em que a colaboração é indispensável para a celebração do acordo (acordo de colaboração premiada e acordo de leniência).

No que diz respeito à natureza jurídica do acordo de não persecução cível, Landolfo Andrade bem elucida que:

O acordo de não persecução cível tem natureza jurídica de negócio jurídico, na medida em que depende da clara e livre manifestação de vontade das partes. Embora os efeitos mais importantes deste negócio jurídico estejam previstos na lei, a declaração de vontade, ínsita ao acordo de não persecução cível, tornará específica a forma de incidência da norma no caso concreto, vinculando os pactuantes aos efeitos expressos no ajuste.

Justamente em razão da sua natureza consensual bilateral, não estão os legitimados obrigados a propor o acordo, assim como não se pode obrigar o agente ímprobo a firmá-lo. Por exemplo, pode o Ministério Público, a partir de um

juízo de conveniência e oportunidade, ajuizar a ação de improbidade administrativa ou formalizar o acordo de não persecução cível. Deve-se verificar qual a situação mais adequada, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. É claro que se as condições se mostrarem favoráveis à celebração do acordo, deve-se privilegiar essa forma de solução do conflito, sendo dever tanto do Ministério Público como da Administração Pública buscar a solução negociada de forma exaustiva. Todavia, não existe para o agente ímprobo um direito subjetivo à celebração do acordo. (ANDRADE, 2020)

Dentre os pressupostos para a celebração do acordo em questão, Andrade, Masson e Andrade, asseveram que devem se fazer presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- I) Confissão da prática do ato de improbidade administrativa;
- II) Compromisso de reparação integral do dano eventualmente sofrido pelo erário;
- III) Compromisso de transferência, não onerosa, em favor da entidade lesada, da propriedade dos bens, direitos e/ou valores que representem vantagem ou proveito direto ou indiretamente obtido da infração, quando for o caso; e
- IV) Aplicação de uma ou algumas das sanções previstas no art. 12 da LIA. (ANDRADE, MASSON, ANDRADE, 2020, p. 989)

Os autores acima mencionados ressaltam que a confissão, conquanto não prevista de maneira expressa, faz-se necessária à celebração do acordo por analogia as normas que regem a autocomposição em outras instâncias do direito sancionador<sup>45</sup>.

No que diz respeito às sanções que podem ou não ser convenciona-  
das, quando da celebração de acordo em questão. Andrade, Masson e  
Andrade (2020) argumentam que “poderão ser aplicadas quaisquer das

---

<sup>45</sup> art. 16, parágrafo 1º, III da lei nº 12.846/13; art. 86, parágrafo 1º, IV, da lei nº 12.825/11; art. 28-A do CPP.

sanções previstas no art. 12 da LIA”. Acerca do assunto, os autores explicam:

A Lei 13.964/2019, a seu turno, não só excluiu tal vedação como incluiu no artigo 17, § 1º, da LIA previsão expressa de solução negociada, sem estabelecer qualquer tipo de limite ao acordo. Essa ausência de limitação, a nosso sentir, autoriza as partes interessadas a convencionarem a aplicação de toda e qualquer sanção prevista no artigo 12 da LIA, por meio do denominado acordo de não persecução cível.

E nem se alegue que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos são incompatíveis com o instituto em exame, sob o argumento de que tais sanções só podem produzir efeitos depois do trânsito em julgado de uma sentença condenatória prolatada numa ação de improbidade administrativa (artigo 20, *caput*, da LIA). Ora, a incidência de tal regra pressupõe a necessária resistência à pretensão punitiva por parte do agente ímprobo. Se ele concorda com a aplicação da sanção num acordo de não persecução cível previsto na própria LIA, afasta-se a incidência do artigo 20. (ANDRADE, MASSON, ANDRADE, 2020, p. 991)

Desta forma, concluem os aludidos autores, acerca da possibilidade de aplicação, em sede de acordo de não persecução cível, de quaisquer sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, que “a simples confissão do agente ímprobo, colhida num acordo de não persecução cível, autoriza a imposição imediata de todas as sanções previstas no art. 12 da LIA, quer seja na fase extrajudicial, quer seja na fase judicial”.

No tocante à legitimidade para celebração do acordo de não persecução cível, Andrade, Masson e Andrade (2020) entendem que “todos os legitimados à propositura da ação de improbidade administrativa estão autorizados a buscar uma solução negociada”. Isto ocorre diante do veto em face da norma que legitimava apenas o Ministério Público e do consequente silêncio da lei acerca do assunto.

Os mencionados autores asseveram que, “na fase extrajudicial, referido acordo deverá ser formalizado num compromisso de ajustamento de conduta, nos termos do art. 5º, parágrafo 6º da Lei 7.347/1985, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

No que diz respeito aos demais legitimados, Andrade, Masson e Andrade fazem a seguinte observação:

Nem todos os entes legitimados à propositura da ação de improbidade administrativa possuem legitimidade para a celebração do compromisso de ajustamento de conduta.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista, por exemplo, quando vítimas de um ato de improbidade administrativa, detêm legitimidade para a propositura da correspondente ação de improbidade, contudo, não detêm legitimidade para a celebração de compromisso de ajustamento de conduta, pois não são entes públicos.

Isso posto, entendemos que os acordos de não persecução cível celebrados extrajudicialmente pelas sociedades de economia mista e pelas empresas públicas precisarão, necessariamente, ser homologados em juízo, na forma do art. 515, III, do Código de Processo Civil. A partir daí, tais acordos passarão a dispor da eficácia de um título executivo judicial.

Nesses casos, a homologação dependerá obrigatoriamente da oitiva do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, decorrência lógica do microsistema de processo coletivo. Se o Ministério Público intervém em todas as ações de improbidade, também na homologação judicial do acordo extrajudicial de não persecução cível sua oitiva é obrigatória. (ANDRADE, MASSON, ANDRADE, 2020, p. 993)

Para celebração do acordo em tela, na fase judicial, não há que se falar em qualquer limitação quanto aos legitimados. Ou seja, qualquer legitimado à propositura da ação de improbidade será também legitimado à celebração do acordo de não persecução cível, que deverá ser homologado,

tornando-se título executivo judicial. Também neste caso, deverá ser ouvido o Ministério Público, quando não for ele o autor da ação.

Acerca do momento para a celebração do acordo, Andrade, Masson e Andrade (2020), explicam sobre a possibilidade de celebração tanto na fase extrajudicial, quanto na fase judicial. Destacam os autores que a lei “não delimitou um momento estanque para a celebração do acordo de não persecução cível”, concluindo que “a medida pode ser levada a cabo a qualquer tempo, nos termos do art. 139, V, do CPC”, enquanto o processo tramitar, inclusive em sua fase recursal. Ressaltam que “o único limite temporal para a celebração do acordo de não persecução cível é o trânsito em julgado da sentença condenatória”.

Quanto ao controle do acordo de não persecução cível pelo juiz, Andrade, Masson e Andrade (2020) explicam que “a atividade do juiz nestes casos não será, contudo, meramente confirmatória do acordo, em juízo simplista de deliberação, no qual se verificam apenas os aspectos formais da avença”.

A despeito da atuação judicial, complementam:

O juiz, nestas oportunidades, deverá proceder a um verdadeiro exame de mérito do acordo, deixando de homologá-lo, homologando-o parcialmente ou recomendando às partes alterações em determinadas cláusulas.

Se o juiz considerar inadequadas ou desproporcionais as condições fixadas no acordo de não persecução cível, poderá devolver os autos às partes para que seja reformulada a proposta de acordo.

Note-se, justamente por isso, que os acordos judiciais celebrados pelo Ministério Público não são passíveis de revisão no âmbito interno (não necessitam ser homologados pelo respectivo Conselho Superior), pois o controle já é realizado pela autoridade judicial. (ANDRADE, MASSON, ANDRADE, 2020, p. 995)

A lei 13.964/19, embora tenha previsto expressamente a possibilidade de celebração de acordo em Improbidade Administrativa e colocado fim a uma importante e longa discussão acerca da temática, não trouxe nenhum parâmetro procedimental, tampouco material, a ser observado nesse tipo de ajuste. Landolfo Andrade faz uma crítica acerca do assunto:

É indiscutível, portanto, o mérito da alteração da redação do § 1º do artigo 17 da LIA, que põe fim a uma importante discussão nessa seara. Contudo, não podemos deixar de criticar o fato de a Lei 13.964/2019 não ter trazido parâmetros procedimentais e materiais a serem observados nesse tipo de ajuste, em ordem a padronizar, em todo o território nacional, esse tipo de negociação. Note-se que o artigo 17, §1º, em sua nova redação, dispõe expressamente que “as ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, **nos termos desta Lei**”. O problema é que a regulamentação de tal acordo, inserida pela Lei Anticrime no artigo 17-A da Lei 8.429/1992 (LIA), foi integralmente vetada pelo Presidente da República. Extrai-se das razões do veto a preocupação com a segurança jurídica. Como a norma vetada conferia legitimidade exclusiva ao Ministério Público para a celebração do acordo, acabou gerando uma incompatibilidade lógica com o artigo 17, *caput*, da LIA, que se mantém inalterado e prevê legitimidade tanto para o Ministério Público como para as pessoas jurídicas interessadas ajuizarem ação de improbidade administrativa. (ANDRADE, 2020)

Diante da conclusão acima aventada, pode-se pensar, em um primeiro momento, na impossibilidade de celebração do acordo de não persecução cível por ausência de regulamentação. Contudo, conforme prevê o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Valendo-se da analogia, tem-se as normas de direito público e de direito coletivo para balizar a celebração de acordos de não persecução cível, a saber, aquelas contidas na lei



7.347/85 (Ação Civil Pública), para acordos celebrados pelo Ministério Público e, na lei 13.140/15 (Mediação), para acordos celebrados por Pessoas Jurídicas de Direito Público.

Desta forma, conclui-se pela necessidade de mais uma alteração na lei de Improbidade Administrativa, para que haja essa normatização ou, ainda, uma regulamentação pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a nível nacional, editando normas gerais que devem vincular os Ministérios Públicos dos estados e da União, sem prejuízo de que cada Ministério Público estadual e o Ministério Público da União também regulem, em caráter suplementar, os parâmetros procedimentais e materiais a serem observados para a celebração dos acordos de não persecução cível, no intuito de garantir segurança jurídica tanto para membros, quanto para investigados.

Quanto à presente alteração na Lei de Improbidade Administrativa, entendemos ser o acordo de não persecução cível gênero acerca da consensualidade, do qual o Compromisso de Ajustamento de Conduta é espécie. Outrossim, diante da ausência de regulamentação do acordo de não persecução cível, não vislumbramos outra possibilidade de celebrá-lo, a não ser por meio de Compromisso/Termo de Ajustamento de Conduta, o qual possui regulamentação na Resolução nº 179/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, bem como por alguns Ministérios Públicos dos Estados.

Certo é que, diante do atual cenário de incertezas e da ausência de suplementação da Lei 8.429/92, bem como de regulamentação a nível nacional, por meio dos órgãos competentes, a exemplo do Conselho Nacional do Ministério Público, é importante o trabalho da doutrina e jurisprudência para melhor elucidação dessa omissão da lei.

## Conclusões

Diante de todo o conteúdo abordado na presente pesquisa, concluiu-se, primeiramente, após uma breve explicação dos conceitos basilares do direito público, perpassando pelas origens da estrutura estatal até chegar ao modelo de Estado hoje adotado no Brasil, acerca da importância da proteção do Estado e de tudo aquilo que lhe pertence, tendo em vista ser ele um ente representante de seu povo, a quem compete a tutela, promoção e proteção dos direitos coletivos *latu sensu*.

Após conciso esclarecimento acerca do surgimento da Improbidade Administrativa no ordenamento jurídico brasileiro e, especificamente, na lei nº 8.429/92, comentando sobre todas as especificidades legais e doutrinárias a ele atinentes, concluiu-se que houve um avanço na proteção dos bens públicos coletivamente considerados por meio da aludida lei.

De igual modo, foi feito o estudo dos direitos coletivos *latu sensu*, concluindo se inserem nos direitos fundamentais, destacando-se a divergência acerca de sua alocação na segunda e/ou terceira dimensão de direitos fundamentais. Malgrado haja dissonância a despeito da temática, concluímos que os direitos coletivos encontram-se presentes a partir da segunda dimensão de direitos fundamentais, resumidamente entendida como àquela que versa sobre direitos sociais, demandando uma atuação positiva do Estado em face de seu povo, para garantia dos direitos à ele pertencentes.

Concluímos ainda que a probidade administrativa, a moralidade administrativa e o patrimônio público, cuja titularidade pertence à toda coletividade, objeto de proteção da Improbidade Administrativa, conforme

dispõe a Constituição da República, bem como a lei nº 8.429/92, é um direito coletivo e, portanto, fundamental, bem como indisponível.

Ao abordar a perspectiva extrajudicial e consensual de solução de conflitos, demonstrando sua importância na atualidade, que padece de um Poder Judiciário um tanto quanto assoberbado, ilustramos o rompimento de paradigma trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, bem como o sistema de justiça multiportas, concluindo que os meios autocompositivos de solução de conflitos deixam de ser meramente alternativos, passando a ser integrados e de incidência obrigatória. Ainda no que diz respeito à justiça multiportas, foram abordadas a conciliação, mediação e arbitragem, bem como outras previsões de justiça consensual constantes no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, ficou demonstrado que, desde o surgimento, até o presente momento, houve, em relação ao Inquérito Civil, uma mudança de paradigma. Isso porque, inicialmente, o aludido procedimento administrativo de investigação cível possuía a precípua finalidade de carrear a inicial de uma ação civil pública. Hoje, sobretudo diante da feição resolutiva do Ministério Público, conferida à instituição pela própria Constituição da República, o Inquérito Civil, além de ser utilizado para instruir ações civis públicas, é também importante instrumento na resolução alternativa de conflitos.

Ao concluir as investigações, o membro do Ministério Público possui a faculdade de solucionar, ainda no âmbito extrajudicial, eventual irregularidade constatada nas investigações. Assim, evita-se a judicialização de demandas que podem ser resolvidas por meio de celebração de um compromisso de ajustamento de conduta, por exemplo. Ademais, tal atuação conta com a celeridade e eficiência na proteção e promoção dos direitos coletivos *latu sensu*, culminando no benefício de toda coletividade, por meio de seu legitimado extraordinário.

No que diz respeito ao compromisso de ajustamento de conduta, foi também abordada a questão que pairava sobre a possibilidade de sua celebração nas hipóteses de Improbidade Administrativa, diante da vedação contida, até a promulgação da lei nº 13.964/19, no art. 17, parágrafo 1º da Lei de Improbidade Administrativa, concluindo que tal vedação não mais se justificava.

Demonstrou-se o avanço, nos anos que sucederam à promulgação da lei nº 8.429/92, da justiça negociada no Brasil, na seara na penal que é, inclusive, a mais gravosa. Recorremos ao direito comparado para trazer a baila a *plea bargaining*, amplamente utilizada no direito norte americano. Não obstante os Estados Unidos adotem um sistema jurídico diferente do adotado no Brasil, a intenção foi demonstrar que, independente do sistema jurídico, a justiça negociada é também uma tendência internacional.

Mencionamos a alteração, mais do que necessária, trazida pela lei nº 13.964/19, que modificou o artigo 17, parágrafo 1º da lei nº 8.429/92, cerne do presente estudo, que diz respeito à possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível nas ações e procedimentos extrajudiciais de Improbidade Administrativa.

Malgrado o acordo de não persecução cível tenha tido sua regulamentação vetada pelo Presidente da República, entendemos que, ao menos no âmbito ministerial, não haverá nenhum óbice à sua celebração. Isso porque o Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou, ainda em 2017, a possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, por meio da Resolução nº 179/17. Outrossim, não vislumbramos outro meio de celebração de acordo de não persecução cível, a não ser por meio de um Compromisso/Termo de Ajustamento de Conduta.

Desta forma, entendemos que a lei nº 13.964/19, não obstante denominada “Pacote Anticrime”, trouxe importante e necessária alteração de cunho processual civil coletivo, contribuindo efetivamente para ampliação

da tutela coletiva de direitos fundamentais, por meio do combate, sobretudo extrajudicial de práticas de Improbidade Administrativa, inserindo no ordenamento jurídico brasileiro permissão para celebração de acordo de não persecução cível, malgrado a regulamentação do mencionado acordo tenha sido vetada.

Em âmbito extrajudicial, especificamente no que diz respeito à celebração de compromisso de ajustamento de conduta pelo Ministério Público, no bojo de Inquéritos Cíveis que apuram a prática de Improbidade Administrativa, o Pacote Anticrime pôs fim à divergência doutrinária existente acerca da possibilidade, ou não, de sua celebração. A regulamentação, no âmbito ministerial, já existe desde 2017, não havendo, atualmente, nenhum óbice à solução extrajudicial e consensual do conflito coletivo em questão.

Diante disso, concluímos pela confirmação da hipótese, de modo que, atualmente, o Ministério Público pode valer-se de meios alternativos para garantir a toda coletividade o acesso à justiça, sem juízes, de maneira célere e eficaz, promovendo a probidade administrativa e a proteção do patrimônio público, bens cuja titularidade possui caráter difuso.

Destaca-se que a mencionada alteração na lei de Improbidade Administrativa foi um grande avanço para a justiça negociada no Brasil, tendo em vista que o antigo problema do acesso à justiça, trabalhado e defendido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) encontra-se superado, dando lugar à busca pela garantia constitucional da razoável duração do processo, bem como à prestação da tutela jurisdicional adequada, visivelmente violadas nas ações judiciais de Improbidade Administrativa.

Ademais, ressalta-se que o acesso à justiça não é sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, podendo a coletividade ter seus direitos tutelados por

meio de seus legitimados extraordinários, pelos meios integrantes do sistema multiportas, extrajudiciais e, sobretudo autocompositivos de solução de conflitos.

Noutro giro, no que concerne à celebração de acordo pela Administração Pública, sobretudo nas hipóteses de Improbidade Administrativa, Andrade, Masson e Andrade explicam que:

O que a Lei 8.429/1992 vedava e continuará vedando é a celebração de ajustes que violem a supremacia do interesse público sobre o privado. É dizer, não se admitirá nenhum tipo de ajuste que importe em renúncia aos bens jurídicos tutelados pela LIA, quer seja porque o patrimônio público e a moralidade administrativa são indisponíveis, quer seja porque os legitimados à tutela de tais bens não são os seus titulares. (ANDRADE, MASSON e ANDRADE, 2020, p. 980)

Diante disso e, frente à proposta de Gregório Assagra de Almeida (2008), em que a antiga *summa divisio* entre direito privado e público estaria superada pela atual *summa divisio* implementada pela Constituição da República, a saber, direitos individuais e coletivos, concluímos e defendemos, por meio da presente pesquisa, uma ruptura do antigo paradigma de que a Administração Pública não poderia celebrar qualquer tipo de acordo que verse sobre direitos indisponíveis.

Tais direitos podem ser indisponíveis, porém, transacionáveis, de maneira que a Administração Pública pode realizar negociações, nos limites legais a ela impostos, sem dispor de direitos indisponíveis, visando sempre a tutela e promoção de direitos coletivos *latu sensu*.

## Referências

- AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a lei de improbidade administrativa**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Material Coletivo: superação da *summa divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *summa divisio* Constitucionalizada**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ANDRADE, Adriano; MASSON, Cléber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses didusos e coletivos – vol. 1**. 9. ed. São Paulo: Método, 2019.
- ANDRADE, Adriano; MASSON, Cléber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses didusos e coletivos – vol. 1**. 1. ed. São Paulo: Método, 2020.
- ANDRADE, Landolfo. **Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecucao-civel/>. Acesso em 06 mar. 2020.
- ANDRIGHI, Nancy; FOLEY, Gláucia Falsarella. **Sistema multiportas: o judiciário e o consenso**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/reforma-do-judiciario/artigos/sistema-multiportas.pdf>. Acesso em 10 jul. 2020.
- BRAGA, Luciana Oliveira Bottosso; LOPES, Fernanda Almeida; RODRIGUES, Carolina Costa Val. **Ajustamento de Conduta em Inquérito Civil preparatório à Ação de Improbidade Administrativa**. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1266/Possibilidade%20de%20celebra%20de%20termo%20de%20ajustamento%20de%20conduta%20em%20inquerito%20civil%20preparatorio%20a%20acao%20de%20improbabilidade%20administrativa.pdf?sequence=1>. Acesso em 30 jan. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 07 mar. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 07 mar. 2020.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em 06 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 06 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em 05 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em 05 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto lei nº 4.657/1942**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em 23 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.164/1957**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L3164.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L3164.htm). Acesso em: 07 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.502/1958**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L3502.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L3502.htm). Acesso em: 07 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.717/1965**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm). Acesso em: 07 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.869/1973**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm). Acesso em 03 mar. 2020.



BRASIL. **Lei nº 7.347/1985**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm). Acesso em 06 mar. 2020.

BRASIL. **Lei 8009/1990**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm). Acesso em: 06 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078/90**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em 31 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.429/1992**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm). Acesso em 06 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.257/2001**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm). Acesso em: 06 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.016/1009**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm). Acesso em 31 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.846/2013**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm). Acesso em: 06 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.655/2018**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1). Acesso em 23 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964/2019**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 07 mar. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 116/2003**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp116.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm). Acesso em: 06 mar. 2020.

BRASIL. **Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 23.2007**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolucao232.pdf>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. **Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 179/2017.** Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-179.pdf>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em teses nº 38.** Disponível em: [http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20teses%2038%20-%20Improb%20Administrativa%20I.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20teses%2038%20-%20Improb%20Administrativa%20I.pdf). Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADI 2.796/DF.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629993>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADI 2.860/DF.** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395712>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 853.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo853.htm#transcricao1>. Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 978.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo978.htm>. Acesso em 23 jul. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 23/2007.** Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolucao-0232.pdf>. Acesso em 07 mar. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de não persecução penal – resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela res. 183/2018.** 2. ed. Cuiabá: Juspodivm, 2019.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Improbidade Administrativa. Limites constitucionais**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO. Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DE OLIVEIRA, Bruno Bastos; DE OLIVEIRA, Maria das Graças Macena Dias; DO CARMO, Valter Moura. **A eficiência do sistema multiportas de justiça e a aplicação nos conflitos envolvendo a fazenda pública**. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/60014/34517>. Acesso em 10 jul. 2020.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; JÚNIOR, Luiz Manoel Gomes; FAVRETO, Rogério. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral; DE MENDONÇA, Andrey Borges. **Manual do Procurador da República – teoria e prática**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 2. ed. São Paulo: SRS, 2008.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad penal. Bases para una teoría de la imputación em derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blach, 1999.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes**. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 8.ed. Paris: Recueil Sirey, 1914.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista USP. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67536/70146](http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67536/70146). Acesso em 8 abr. 2020.

LESSA NETO, João Luiz. **O novo CPC adotou o sistema multiportas!!! E agora!?**. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4557178/mod\\_resource/content/0/O%20novo%20CPC%20adotou%20o%20sistema%20multiportas%20-%20João%20Lessa.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4557178/mod_resource/content/0/O%20novo%20CPC%20adotou%20o%20sistema%20multiportas%20-%20João%20Lessa.pdf). Acesso em 10 jul. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada – volume único**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS JÚNIOR, Wallace de Paiva. **Proibição Administrativa**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MASSON, Cleber. **Direito Penal – Parte geral**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Método, 2019.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta – teoria e análise de casos práticos**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Ana Carolina. **Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador**. Dissertação de mestrado inédita do PPGD em direito da USP, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

QUEIROZ, Lorrane. **Justiça sem juízes: a mediação extrajudicial como técnica jurídico procedimental para efetivação do processo democrático**. Dissertação de mestrado inédita do PPGD em direito da UIT, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Editora forense, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. **A probidade Administrativa como direito fundamental difuso: aplicação da sanção de suspensão de direitos políticos pelo Superior Tribunal de Justiça no período de 02 de fevereiro de 2013 a 02 de fevereiro de 2015**. Dissertação de mestrado inédita do PPGD em direito da UIT, 2016.

VEDEL, Georges. **Droit Administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. **O patrimônio público como direito fundamental difuso e o Ministério Público como instrumento de sua proteção preventiva extrajurisdicional - aspectos teóricos e práticos. Escala de ação progressiva**. Disponível em: <https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revista/article/view/81>. Acesso em 07 jan. 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo - tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



**[www.editorafi.org](http://www.editorafi.org)**  
**[contato@editorafi.org](mailto:contato@editorafi.org)**