II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

MAGNO FEDERICI GOMES

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho -Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Magno Federici Gomes; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-148-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O II Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado nos dias 02 a 08 de dezembro de 2020, objetivou o fortalecimento e a socialização da pesquisa jurídica, mesmo durante o isolamento social. Teve como tema geral: Direito, Pandemia e Transformação Digital: novos tempos, novos desafios.

Esta publicação é derivada da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação stricto sensu no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, realizado em 05 de dezembro de 2020, teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos doze trabalhos, efetivamente debatidos, dos quais nove integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: pandemia e processo; constitucionalização do processo e processos coletivos, individuais e extrajudiciais.

No primeiro bloco, denominado pandemia e processo, iniciaram-se os trabalhos com A IMPORTÂNCIA DA CONCILIAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA, de autoria de Galdino Luiz Ramos Junior, Giovana Benedita Jaber Rossini Ramos e Rute Rodrigues Barros de Abreu, que apresentou os princípios da conciliação e os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) sobre o irrisório êxito na autocomposição no referido Estado membro durante o isolamento social. Após, debateu-se AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA DECISÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA, de José Miguel Garcia Medina, Anna Fernanda Scalla Menotti e Julia Izabelle Toneto Romano Maziero que, a partir do círculo hermenêutico, estudou como deve ser interpretada a análise das consequências práticas das decisões judiciais, a partir da técnica da ponderação (coerência, proporcionalidade e razoabilidade).

No segundo eixo, chamado constitucionalização do processo, apresentaram-se quatro artigos científicos, iniciando-se por CIÊNCIA INEQUÍVOCA E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, de autoria de Alana Caroline Mossoi, Kamila Rezende e Celso Hiroshi Iocohama, um dos coordenadores do Grupo de Trabalhos, que fez

um adequado desenvolvimento do instituto da ciência inequívoca, bem como a sua leitura de acordo com os princípios constitucionais do processo. Após, debateu-se o ÔNUS ARGUMENTATIVO E DIALETICIDADE NOS PRECEDENTES JUDICIAIS, SOB A ÓTICA DO PROCESSO COOPERATIVO, de Vinicius Vilela dos Santos e Luiz Fernando Bellinetti, que estudou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o ônus das partes em cumprir o princípio recursal da dialeticidade. Por sua vez, A DIALETICIDADE PROCESSUAL E OS AFORISMOS IURA NOVIT CURIA E DA MIHI FACTUM, DABO TIBI IUS, de Kelly Cardoso, Laís Silva Zimiani e Miriam Fecchio Chueiri, valoriza a dialeticidade processual para efetivar a proibição da decisão surpresa, concluindo que os aforismos não outorgam superpoderes ao Juiz. Depois, o texto a FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UM MEIO PARA PROTEGER OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, de Isabela Franco Arruda Brasil e Thaís Andressa Carabelli, faz um contraponto entre o vício de fundamentação das decisões judiciais e o interesse público, quando o direito de um incapaz está em litígio.

No derradeiro bloco, intitulado processos coletivos, individuais e extrajudiciais, o primeiro trabalho OS REFLEXOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL PARA O DELINEAMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL: PERSPECTIVAS DO PROCESSO CIVIL TRANSINDIVIDUAL, de autoria de Ricardo Benvenhu e Luiz Fernando Bellinetti, utilizou-se da teoria do diálogo das fontes para desenvolver o acordo de não persecução cível, com base no seu similar criminal. O segundo artigo foi os 25 ANOS DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS (9.099/1995): CONSIDERAÇÕES SOBRE A NORMA DO ARTIGO 14 E O ACESSO À JUSTIÇA, de Francisco de Assis Diego Santos de Souza, que analisou o atermação e o acesso à justiça nas causas de pequeno valor, demonstrando a importância dos Juizados Especiais na jurisdição brasileira. Finalmente, o texto USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: UMA DAS PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, de Regiane Nistler e Jéssica Cindy Kempfer, pretendeu dar publicizar ao instituto da usucapião extrajudicial.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

A finalidade desta publicação é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados ao processo, à jurisdição, à efetividade da justiça e ao direito processual sustentável, no qual a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para

expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Gostaríamos que a leitura dos trabalhos aqui apresentados possa reproduzir, ainda que em parte, a riqueza e satisfação que foi para nós coordenar este Grupo, momento singular de aprendizado sobre os temas discutidos.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar com o processo, a jurisdição e a efetividade da justiça. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Em 09 de dezembro de 2020.

Os Coordenadores:

Professor Dr. Magno Federici Gomes

Docente titular do PPGD da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

magnofederici@gmail.com

Professor Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Docente titular do PPGD da Universidade Paranaense (UNIPAR)

celso@prof.unipar.br

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e Docente titular do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC e do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzf@fumec.br

Nota técnica: O artigo intitulado “A DIALETICIDADE PROCESSUAL E OS AFORISMOS IURA NOVIT CURIA E DA MIHI FACTUM, DABO TIBI IUS” foi indicado pelo Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

OS REFLEXOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL PARA O DELINEAMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL: PERSPECTIVAS DO PROCESSO CIVIL TRANSINDIVIDUAL

THE REFLECTIONS OF THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT FOR THE DESIGN OF THE CIVIL NON-PERSECUTION AGREEMENT: PERSPECTIVES OF THE TRANSINDIVIDUAL CIVIL PROCEDURE

Ricardo Benvenhu [1]
Luiz Fernando Bellinetti [2]

Resumo

A necessidade de buscar uma justiça efetiva, célere e econômica possibilitou o surgimento de diversos mecanismos consensuais no Brasil, tanto no direito penal, como no direito administrativo sancionador, dada a ineficiência dos métodos tradicionais utilizados pelos órgãos do Estado. Nesse contexto, os acordos de não persecução penal e cível são regulamentados pelo legislador. O presente estudo se propõe a analisar, a partir do método dedutivo, com base em análise de legislação, doutrina e jurisprudência, as características, controvérsias e referenciais de aplicação desses novos institutos, como instrumentos de garantia do acesso à justiça e tutela dos bens jurídicos transindividuais.

Palavras-chave: Meios alternativos de solução de conflitos, Acesso à justiça, Acordo de não persecução penal, Acordo de não persecução cível, Tutela de bens jurídicos transindividuais

Abstract/Resumen/Résumé

The search for an effective, prompt and low cost acess to justice enabled the emergence of several consensual tools in Brazil, both in criminal law and in punitive administrative law. Due to the inefficiency of the traditional mechanisms used by State agencies, non prosecution agreements are being considered by legislators. By using the deductive method, this article aims to demonstrate the characteristics, controversies and references of these new consensual tools to ensure the access to justice and to safeguard transindividual rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Alternative disputes resolutions tools, Acess to justice, Non prosecution agreement – civil and criminal, Transindividual rights

---

[1] Mestrando em direito negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Promotor de Justiça designado na Promotoria de Proteção ao Patrimônio Público de Londrina/PR.

[2] Doutor em direito pela PUC/SP. Mestre em direito pela UEL. Professor de pós-graduação da Universidade Estadual de Londrina

1 INTRODUÇÃO

Houve, nas últimas décadas, significativa modificação das relações individuais, em decorrência do dinamismo econômico e social que afetou o mundo globalizado. Surgem, então, os conflitos de massa, exigindo uma atuação estatal conglobada e destinada a tutelar os interesses de grupos. Os problemas passam a transcender os indivíduos, sendo que as questões atinentes à segurança pública, probidade administrativa, meio ambiente e saúde demandam uma solução coletiva. O processo civil clássico não se mostrava eficiente a amparar os bens jurídicos transindividuais, notadamente porque os seus mecanismos não foram instituídos para essa finalidade.

São editados diversos diplomas protetores dos direitos coletivos como a Lei de Ação Civil Pública, a Lei de Improbidade Administrativa, dentre outros; contudo, inegável os inúmeros obstáculos práticos para se empregar efetividade aos interesses metaindividuais.

O legislador, pressionado a criar mecanismos que viabilizem a salvaguarda dos bens jurídicos fundamentais pertencentes à coletividade, prevê institutos consensuais resolutivos em diversas normas, como meio de se atingir a efetiva prestação jurisdicional, garantindo-se o acesso à justiça.

Nesse contexto, a Lei 13.964 de 2019 (Pacote Anticrime) insere no ordenamento o acordo de não persecução penal e o acordo de não persecução cível, nítidos negócios jurídicos, lastreados no princípio da consensualidade, em que se impõem algumas condições ao investigado, antecipando uma ou mais sanções, sem que este se submeta ao processo, com todos os seus ônus. Em contrapartida, beneficia-se a coletividade, mediante a imediata recomposição da lesão sofrida (segurança pública no âmbito criminal e ressarcimento ao erário na improbidade administrativa).

Dessa forma, objetiva-se, no presente trabalho, por intermédio do método dedutivo, com base em pesquisa de legislação, doutrina e jurisprudência, estudar, num primeiro momento, os requisitos do acordo de não persecução penal e não persecução cível, inclusive, analisar os aspectos controvertidos dos temas. A seguir, pretende-se analisar a circunstância da ausência de lei específica sobre pressupostos de admissibilidade do acordo de não persecução cível para verificar se não representa empecilho para a sua utilização e inclusive como poderia eventualmente ser aplicado nessa hipótese.

2 MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS TRANSINDIVIDUAIS

A concepção processual civil clássica evoluiu ao longo do tempo, concretizada pela sistemática conferida à tutela coletiva, que motivou e exigiu dos doutrinadores e legisladores um tratamento diferenciado, destinado a promover à efetiva salvaguarda dos bens jurídicos transindividuais.

De fato, inegável que o processo civil tradicional era analisado sob a ótica privada e subjetiva, com a intenção precípua de recompor o patrimônio da pessoa lesada, sem qualquer comprometimento com os problemas sociais. A percepção individual sobrepunha-se a eventuais questões coletivas.

A humanidade sofreu significativas transformações ao longo dos anos, em decorrência do dinamismo social, surgindo a preocupação com o interesse coletivo, como o direito ao meio ambiente equilibrado, a probidade do patrimônio público, ao direito dos consumidores, entre outros.

As questões atinentes aos interesses transindividuais permaneciam desguarnecidas, vez que os institutos do direito processual civil clássico eram insuficientes. Em contrapartida, o Estado precisava agir para efetivar o direito material e concretizar a tutela coletiva, sob pena de esvaziar a garantia fundamental de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV). Consequentemente, repensar o processo civil tradicional, mediante a adaptação de institutos processuais, como a legitimidade, competência, litispendência, coisa julgada, tornou-se essencial. Como bem observa Luiz Fernando Bellinetti (2000, p. 01):

> com a sociedade de massa é necessário outra perspectiva, que encara situações jurídicas, em que a preocupação não é propriamente estabelecer regras que protejam os direitos subjetivos das pessoas envolvidas, mas sim fixar normas que preservem determinados bens ou valores que interessam a um grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas, estatuindo o dever jurídico de respeito a esses bens ou valores, e conferindo a determinados entes da sociedade o poder de acionar a jurisdição para fazer cumprir tais deveres.

Assim é que, muito embora exista divergência sobre a origem das ações coletivas, tudo indica que tanto a *class action*, oriunda do direito norte-americano, como os estudos dos processualistas italianos, na década de 70, serviram de estímulo para o seu desenvolvimento em solo brasileiro.

Diante desse cenário, a proteção aos interesses transindividuais deixou de conter simples conteúdo retórico para assumir um lugar de destaque no campo processual. Para tanto, forçoso reconhecer a batalha de doutrinadores e estudiosos nacionais para vislumbrar

um processo civil coletivo autônomo e dotado de incomum eficácia. Com propriedade, salienta Fredie Didier Jr e Hermes Zanetti Jr (2008, p. 31):

> Neste quadro o papel da doutrina foi fundamental, sem o ativismo de gigantes do direito processual brasileiro como Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Ada Pelegrini Grinover e Waldemar Mariz Oliveira Júnior o desenvolvimento dos processos coletivos no Brasil teria o mesmo resultado que as tentativas europeias, um sonoro desinteresse do legislador.

Conquanto a Lei de Ação Popular nº 4717 de 1965 já existisse à época e com inegáveis contornos de proteção coletiva, é fato que não se reconheceu, nesse diploma, a identidade necessária para ser considerada o marco inicial na tutela coletiva. Foi então que o legislador, pressionado e sensível à necessidade de conferir proteção aos interesses coletivos *(lato sensu),* editou a Lei de Ação Civil Pública, como meio de, a um só tempo, permitir a reparação coletiva por intermédio de uma única demanda e evitar a propositura de diversas e repetitivas ações, das quais poderiam advir decisões conflitantes.

Portanto, a Lei de Ação Civil Pública tornou-se o mais importante instrumento normativo de tutela aos interesses transindividuais. Tanto que, segundo Hugo Nigro Mazzilli (2008, p. 125): "advinda pouco antes da Constituição de 1988, chegou a marcar época a chamada Lei de Ação Civil Pública- LACP (Lei n. 7.347/85), por permitir a propositura de inúmeras ações para a defesa de interesses transindividuais e servir de base para novas leis que ampliaram a sua abrangência".

É fato, contudo, que os interesses transindividuais ganharam status de direito fundamental somente em 1988, com a promulgação da CF, criando verdadeiro regime constitucional da tutela coletiva, espraiando os seus efeitos em diversos ramos para conceder a máxima eficácia aos bens jurídicos fundamentais coletivos, como o meio ambiente equilibrado, a probidade administrativa, a segurança pública, dentre outros, como se nota nos art. 5º, incisos XXI; XXXII; XXXV; LXX, LXXI; LXXIII; art. 6º, c.c. art. 8, III; art. 129, incisos III, IV e V e § 1º; art. 170, inciso VI; art. 225; art. 232; art. 227.

Sobre o dever de probidade administrativa consagrado na Constituição Federal de 1988, segundo Waldo Fazzio Junior (2012. p. 11), foi implicitamente tutelado ao longo da história constitucional brasileira, em decorrência da sanção imposta em face da prática de crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República.

O Código de Defesa do Consumidor (1990) prevê, de forma expressa e pioneira, os interesses transindividuais homogêneos, em paralelo aos conhecidos interesses difusos e coletivos. Surge a Lei de Improbidade Administrativa (1992), como elemento normativo

carregado de valores supraindividuais (tutela-se a probidade administrativa) e com a função de proteger os administrados de qualquer ato ilícito cometido por agente público, isoladamente ou em concurso com o particular.

Nessa sequência, outros inúmeros diplomas legais regulamentaram a proteção coletiva até o advento do Código de Processo Civil (2015). Esse diploma, contudo, perdeu grande oportunidade de disciplinar, em capítulo próprio, os interesses transindividuais e suas peculiaridades.

Não se olvida que a eficaz proteção aos bens jurídicos coletivos, concedendo amplitude a garantia de acesso à justiça, será alcançada mediante a elaboração de um código autônomo e específico, não somente para prever regras materiais e processuais sobre o tema, como também, disciplinar o comportamento das partes, magistrados, promotores de justiça e defensores.

Sobre o assunto, oportuno destacar o comentário de Nilda Saleh Hatoum e Luiz Fernando Bellinetti (2016, p. 159):

> toda a chance perdida pelo legislador, que se preocupou com a elaboração de um CPC individual e não cuidou de elaborar um CPC coletivo, muito mais urgente importante e necessário para a consecução do acesso à justiça e, até mesmo por reflexo e consequência, do desenvolvimento sustentável. A tutela de interesses transindividuais e a normatização de lides coletivas, assim, continuam apenas com as já antigas legislações que regulam a ação civil pública, o direito do consumidor, a ação popular e o mandado de segurança coletivo opara disciplinar as cada vez mais complexas lides coletivas. É urgente que se retome a preocupação com a elaboração e edição de um CPC coletivo!

A despeito da imperdoável falha do legislador, ainda assim houve menção direta ou indireta aos interesses transindividuais, em diversos artigos esparsos do CPC, tais como: a) art. 3º (acesso à justiça); b) art. 139, X (menção aos microssistemas coletivos); c) art. 976 (incidente de demandas repetitivas); d) art. 178, III (intervenção do Ministério Público nos litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana); e) art. 1.037, III (suspensão dos processos nos casos de repercussão geral); f) art. 985 (tese jurídica a processos individuais ou coletivos.

De outro turno, para exercer a tutela desses bens jurídicos fundamentais pertencentes à coletividade, o constituinte conferiu legitimidade ao Ministério Público, que deve atuar com o compromisso de reduzir a desigualdade de acesso à justiça, assim entendido como um equalizador de oportunidades sociais. É inegável, contudo, que a judicialização exagerada para solucionar conflitos transindividuais coloca-se na contramão dos vetores constitucionais

de tutela coletiva. Isso porque, infelizmente, os índices de corrupção aumentam significativamente, sendo necessária uma nova postura investigativa.

Nesse sentido, a prática demonstra que a recuperação dos valores apropriados dos cofres públicos, por reiterados atos de corrupção, é quase nula e não tutela a coletividade. Esse fenômeno da corrupção revela-se absolutamente complexo, de dificílima comprovação probatória, seja pela sofisticação das práticas ilícitas, seja pelo pacto de silêncio que impera entre corruptor e corrupto.

Segundo o Procurador da República Deltan Dallagnol (2015, p. 280), essa dificuldade é:

> […] reflexo da mudança da realidade, da evolução das tecnologias, da globalização, e da natural vantagem que os criminosos possuem quando cometem um crime com algum planejamento: o agente escolhe o lugar, os meios e pode tomar uma série de precauções para garantir sua impunidade.

Não bastasse a barreira probatória, principalmente no ato ímprobo calcado na corrupção pública, as ações judiciais costumam ser lentas e ineficazes, geralmente em razão da complexidade da causa, com inúmeros réus que conseguem procrastinar a demanda por intermédio de infindáveis recursos ou mesmo pelo acúmulo processual que congestiona o sistema judiciário.

Nesse contexto em que os métodos tradicionais de solução de conflitos mostram-se muitas vezes inúteis, a utilização de técnicas alternativas, mediante a inserção de instrumentos consensuais, como tendência mundial de ampliação dos métodos de acesso à justiça, aparece como ferramenta interessante que altera esse quadro. E, conforme Tânia Lobo Muniz (2014, p. 35), os meios jurisdicionais têm se mostrado insuficientes e ineficientes, levando à busca de procedimentos alternativos ao juízo estatal, menos formais, mais eficazes na resolução efetiva das questões que possibilitem uma maior pacificação e justiça. Assim, a tutela dos interesses transindividuais passou a evoluir para admitir, paulatinamente, a inserção de instrumentos de consensualidade administrativa na prevenção e solução de litígio (CF, art, 4ª, VII).

Ademais, a garantia do acesso à justiça não deve ser analisada como o simples ingresso judicial para obtenção de uma sentença favorável mas o direito à tutela jurisdicional adequada, concedendo-lhe à proteção de forma efetiva.

Relevante citar os doutrinadores Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1991), que dividem em três ondas os principais movimentos renovatórios do acesso à justiça. 1) A primeira onda refere-se à assistência judiciária aos necessitados para impedir a barreira financeira de ingressar em juízo; 2) A segunda onda, por sua vez, diz respeito a tutela dos interesses difusos, permitindo a judicialização dos conflitos de massa; 3) A terceira onda, por

fim, remete a utilização de técnicas processuais adequadas para a solução do conflito, sendo que os operadores do direito devem adaptar-se a nova realidade.

Atento a necessidade de se implementar essa garantia, gradativamente, houve evolução legislativa para a inserção de técnicas consensuais resolutivas, em diversos ramos do direito, tais como a Lei 7.347/85 (art. 5º, § 6º); Lei 9.099/95, por intermédio composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo; Lei 12.529/11 (art. 86,§ 6º); Lei 12.846/2013 (art. 16); Lei 12.850/13 (art. 3º, I); Lei 13.129/15 (art. 1º, § 1º); Lei 13.655/18 (art. 26), CPC (art. 190) e, por fim, a Lei 13.964/19 (art. 3-A, 6-A e 28- A).

3 REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

A Lei 13.964/19, denominada de "Pacote Anticrime", trouxe novas perspectivas para a tutela dos interesses transindividuais, visando proteger os bens jurídicos fundamentais, mediante a inserção de técnicas caracterizadas pela consensualidade, celeridade e eficácia, como se denota pelo acordo de não persecução penal (CPP) e acordo de não persecução cível (Improbidade Administrativa).

3.1 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Esse importante instrumento consensual resolutivo abarcado pelo sistema de justiça criminal e previsto pelo Pacote Anticrime (art. 28-A do CPP), possibilitou ao Ministério Público, mediante conveniência e oportunidade e vinculado aos requisitos legais, celebrar acordo com o réu, para impor algumas condições, sempre respeitando a autonomia da vontade.

Não obstante, é fato que a resistência à inserção de instrumentos consensuais no Brasil tem uma razão: a interpretação equivocada dos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal. Esses princípios, muito embora não tenham disposição expressa na legislação processual penal, decorrem da interpretação de alguns dispositivos legais.

Evidencia-se que os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade podem perfeitamente coexistir com os meios negociais resolutivos porque ambos expressam tão somente a ideia de ação estatal conforme a lei (possuem significado mais restrito que o princípio da legalidade), vale dizer, se existirem elementos de prova para subsidiar eventual

imputação penal (justa causa) deve o Ministério Público propor a correspondente denúncia crime (obrigatoriedade). De igual sorte, o órgão não deve desistir da persecução penal, sem que tenha existido autorização legal (disponibilidade). Evita-se, portanto, que esses agentes do estado atuem de forma desvirtuada na tutela dos bens jurídicos fundamentais (coíbe-se a concessão de favores ilegais).

Esse dever de atuação há de ser orientado pelo interesse público, isto é, para a efetiva tutela dos bens jurídicos fundamentais, seja ajuizando a demanda, seja utilizando as técnicas alternativas resolutivas, como o acordo de não persecução penal e acordo de não persecução cível.

Nas palavras de Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2020), a obrigatoriedade não pode ser vista como se fosse uma obrigação cega de fazer a mesma coisa sempre e a todo custo, inclusive contra os próprios objetivos que fundamentaram o princípio da lealdade processual.

Segundo Rogério Sanches Cunha (2020, p. 127):

> o acordo de não persecução penal é o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume a responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção aplicável ao fato a ele imputado.

Sendo assim, a depender do caso concreto e a sua subsunção ao injusto penal, o legislador inseriu o acordo de não persecução penal na busca de uma justiça penal mais célere e efetiva, otimizando recurso pessoal e material (vive-se, inegavelmente, sobrecarga de trabalho nas instituições estatais).

O novo dispositivo processual (art. 28-A) estabeleceu os seguintes requisitos para a celebração do acordo de não persecução penal:

a) existência de procedimento investigatório: para se propor o instituto o agente deve ter cometido crime, sendo que não há apuração delitiva sem a formalização do ato.

b) não ser o caso de arquivamento dos autos: inexistindo elementos seguros da prática delitiva, o inquérito policial presidido por Delegado de Polícia (função típica) ou o procedimento investigatório presido pelo Ministério Público (função atípica) deve ser arquivado, sendo inviável a propositura de acordo. Assim, o momento correto para a avaliação sobre o cabimento ou não do acordo de não persecução penal é com o fim das diligências investigativas, quando o procedimento estiver maduro, afinal, estar-se-á diante de uma solução substitutiva da judicialização, jamais da investigação.

c) cominada a pena mínima inferior a 04 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça: nesta situação, raramente o magistrado irá impor pena privativa de liberdade ao indivíduo, o que legitima a limitação legal, consideradas eventuais causas de aumento e diminuição e o delito não ser praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

d) o investigado tiver confessado formal e circunstancialmente a prática do crime: a confissão do agente deve ser formalizada diante do membro do Ministério Público e advogado da parte, em ato próprio, independente do conteúdo de seu interrogatório em fase policial.

e) necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: esse requisito, de fundamental importância, foi previsto à semelhança do art. 59, do Código Penal. O Promotor de Justiça, como titular da pretensão acusatória, deverá fundamentar a sua posição caso entenda pela impossibilidade do acordo por não ser necessário para a prevenção e repressão do crime.

Foram expressamente previstas, ainda, as condições e as hipóteses de inadmissibilidade do acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A e § 2º).

Convém frisar que o acordo de não persecução penal ainda necessitará ser formalizado por escrito e firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor. A seguir, deverá ser submetido a homologação judicial[1]. É evidente que o magistrado deverá exercer tão somente o controle de voluntariedade e legalidade do pactuado entre as partes, já que a sua atuação destina-se a avaliar se foram observados os requisitos legais.

Nessa medida, como o acordo de não persecução penal foi recentemente implantado no sistema penal brasileiro, surgem algumas questões não sedimentadas pela doutrina e jurisprudência, as quais serão a seguir abordadas, em razão da relevância e pertinência.

***A)* A aplicação do acordo de não persecução penal para as ações penais em andamento.**

O debate quanto ao direito intertemporal ganhou relevância e deve ser analisado sob duas óticas:

***A.1)* crimes cometidos antes ou após a vigência da lei, sem denúncia recebida:** quando o legislador estabelece que o acordo de não persecução penal poderá ser aperfeiçoado entre o Ministério Público e o 'investigado' (mediante a obediência dos requisitos legais), não sendo caso de arquivamento e, ainda, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia

1- O juiz responsável pela homologação é o juiz das garantias, contudo, sua eficácia está suspensa pela decisão liminar do Min. Fux dada na ADI 6298, até julgamento pelo Plenário do STF

(art. 28-A, § 8º) parece lógico que a sua opção foi de ofertar o acordo na fase pré processual. Assim, desde que não recebida a denúncia[2], os crimes cometidos antes ou após a vigência da Lei 13.964/2019 poderão ser albergados pelo acordo de não persecução penal. Imperioso destacar que há, no caso, retroatividade da lei penal mais benéfica porque se tratando de norma mista híbrida (extinção punibilidade e regras processuais) deve retroagir em prol do réu (CF, art. 5º, XL)[3].

***A.2)*- crimes cometidos antes da vigência da lei, com denúncia recebida:** entende-se pela inadmissibilidade do acordo de não persecução penal. Há que se reconhecer, contudo, divergência doutrinária, como na posição do Promotor de Justiça Rodrigo Cabral (2020, p. 213), no sentido de que o ANPP é possível até a prolação da sentença. Com a devida vênia, ousa-se discordar. Muito embora a norma que prevê o acordo de não persecução penal seja de natureza mista, portanto, retroativa em benefício do réu, é fato que existe limitação legal processual quanto a aplicabilidade do instituto, a saber: o recebimento da denúncia. Reputa-se lícito que o legislador, movido por questão de política criminal, insira essa condicionante.

É a posição de Douglas Fisher (2020, p.15), notadamente porque em relação aos fatos cometidos anteriormente (retroatividade) mas com denúncia recebida não cabe ANPP, pois processualmente há um óbice claro e expresso: somente pode ser aplicado desde que não recebida a denúncia, pois o momento que trata a lei processual é o da fase do art. 28-A do CPP, quando, não sendo o caso de arquivamento do inquérito, estejam reunidas as condições para se evitar a ação penal, mediante acordo com o investigado.

Ademais, os que admitem o ANPP posteriormente ao recebimento da denúncia utilizam argumento comparativo com os institutos despenalizadores do Juizado Especial Criminal e a decisão judicial do STF sobre a matéria (BRASIL, 1996). Todavia, como bem observado pelo citado doutrinador (FISHER, 2020, p. 11): "Em nenhum momento o STF assentou que as regras do art. 76 e 89 da lei nº 9.099/95 se aplicariam às ações penais em andamento, o tema central era outro (da exigibilidade ou não de representação do ofendido em caso que tramitava sem ação penal, era um inquérito, ou, na lítera do julgado, um procedimento processual penal)".

O STJ, em recente decisão, decidiu pela impossibilidade em se aplicar o acordo de não persecução penal às ações em andamento (BRASIL, 2020). Além do mais, ainda nessa linha argumentativa, permitir que o acusado aguarde, a seu bel prazer, eventual prova

2- Há que se defender, todavia, a possibilidade de ofertar o acordo após o oferecimento da denúncia na hipótese em que o titular da pretensão acusatória, por lapso, omita-se quanto a aplicação do instituto e o investigado peticione nesse sentido

3- Nesse sentido é o enunciado 20 do CNPG: "Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia".

desfavorável para posteriormente pleitear e obter a benesse legal parece subverter a essência do instituto, marcada pelos princípios da lealdade e boa-fé processual.

***B)-* Acordo de não persecução penal e o direito subjetivo do investigado**

É induvidoso que o acordo de não persecução penal não é direito subjetivo do acusado. A uma, porque o uso de técnica penal consensual, entendido como o acordo de vontade entre as partes (Promotor de Justiça e investigado), pressupõe aceitação mútua de seus termos, sob pena de se tornar a medida inefetiva. Logo, se o titular da pretensão acusatória estatal se recusar a propor ou o investigado se negar a aceitar, inviável a sua celebração. Ademais, caso fosse direito subjetivo do investigado, com o preenchimento dos requisitos legais, bastaria que este pleiteasse perante o Poder Judiciário a sua aplicação, independente da vontade do Promotor de Justiça, o que contraria em absoluto o art. 28-A do CPP- [4].

***C)-* A possibilidade de utilizar a confissão em fase judicial, caso haja descumprimento do acordo**

Não é demais enfatizar que um dos requisitos para se perfectibilizar o acordo de não persecução penal é que o investigado confesse formal e circunstancialmente a prática do crime. Nesse vértice, se houver descumprimento do acordo e consequente oferecimento de denúncia perante o juízo criminal, entende-se que os destinatários da prova podem perfeitamente utilizar da confissão extrajudicial, desde que possibilite ao acusado, por intermédio do contraditório e ampla defesa, a oportunidade de contestá-la, no decorrer do devido processo legal. Essa é a inteligência do art. 155 do CPP. Nesse caso, como há um descumprimento do acordo entabulado por parte do investigado parece razoável admitir que seus efeitos permaneçam válidos, pois, do contrário, não haveria penalização suficiente a ele por sua violação contratual.[5]

3.2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Via de regra, as ações de improbidade administrativa propostas para descortinar às ilicitudes cometidas por agentes públicos protraem-se no tempo, tendo como marca a inefetividade. Nesse viés, a probidade administrativa, fundamental bem jurídico

4- Essa é a orientação albergada pelo Enunciado 19 do CNPG: "O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto".

5- Diversa é a situação em que o ANPP não foi homologado judicialmente. Como não houve descumprimento por parte do investigado, em obediência a boa-fé e lealdade processual, a confissão não poderá ser utilizada em juízo em eventual ajuizamento de ação. Recomendável, entretanto, que se conste cláusula nesse sentido.

transindividual, permanece desguarnecida. A toda evidência, a prática comprova que o ressarcimento ao erário, quando necessário buscá-lo em juízo, raramente é concretizado.

Não se defende, contudo, a extinção das ações judiciais, mas apenas a racionalização do seu uso. Assim é que o Ministério Público e outros legitimados legais devem, na medida do possível, utilizar métodos consensuais para a efetiva tutela dos interesses transindividuais, principalmente com o advento da Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), que previu o acordo de não persecução cível (revogou-se o artigo 17, § 1º da Lei de Improbidade Administrativa).

Contudo, apesar da aclamada inovação do Pacote Anticrime, ao instituir o acordo de não persecução cível, os pressupostos que legitimariam a sua hipótese de incidência e seus contornos foram vetados pelo Presidente da República (Art. 17-A da Lei 8.429/92).

Desse modo, inegável que o legislador instituiu e incentivou o uso do acordo de não persecução cível, contudo, deixou de prever seus requisitos, o que torna árdua a tarefa do intérprete. Necessário, pois, apontar alguns breves parâmetros para a aplicação do instituto, sem ter a pretensão, contudo, de esgotar o assunto.

O acordo de não persecução cível pode ser definido como o instrumento contratual firmado entre as partes (Ministério Público ou ente legitimado e autor do ato ímprobo), com caráter nitidamente consensual, em que se impõe algumas condições, mediante a antecipação de uma ou mais sanção existente na Lei de Improbidade Administrativa, possibilitando, a um só tempo, a aplicação de penalidade célere e efetiva.

O ponto de partida para se avaliar as nuances do acordo de não persecução cível é verificar se o instituto pode ser aplicado incondicionalmente a todo e qualquer ato ímprobo, independente da magnitude do injusto. Para tanto, faz-se necessário a análise conglobada com os microssistemas de combate a corrupção, formado pela Lei de Improbidade Administrativa (8.429/92), Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) e Lei de Organização Criminosa (12.850/13), além de outras normatividades consensuais. É fato que nesses diplomas, em que se preveem institutos nitidamente negociais, como o acordo de leniência e a colaboração premiada, o legislador decidiu por limitar as hipóteses de incidência.

Há uma opção legislativa em não permitir o uso desses negócios jurídicos para qualquer caso. Como exemplo, veda-se a colaboração premiada ao líder de organização criminosa (art. 4º, § 4º, I, da Lei 12.850/2013). Assim como o acordo de não persecução penal também não pode ser formalizado aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça ou mesmo relacionados à violência doméstica,

Nesse vértice, inconteste que os institutos guardam individualidade. Assemelham-se, contudo, na medida em que ambos são marcados pelo princípio da consensualidade, tratando-

se de verdadeiros negócios jurídicos. E, apesar de inseridos com propósitos distintos (desbaratar organizações criminosas x diminuir ações judiciais), é certo que essas legislações conferem ao intérprete importante vetor. E esses microssistemas devem servir de parâmetro para aferir que o acordo de não persecução cível não pode ser aplicado indistintamente.

Nesse viés, entende-se que o ANPC somente pode ser concedido aos agentes que praticarem ato de improbidade administrativa de escassa ou média gravidade. Para os casos de extrema gravidade, o caminho é a correspondente ação de improbidade administrativa.

Por evidente, a análise quanto a gravidade do ato de improbidade administrativa exige que, segundo o Promotor de Justiça Renato de Lima Castro (2018, p. 409), se realize um criterioso juízo axiológico, com análise concreta e coerente da necessidade/proporcionalidade de se propor ação pela prática de ato de improbidade administrativa, segundo a magnitude do injusto ímprobo (maior ou menor desvalor de comportamento e de resultado).

Nessa perspectiva, se o Promotor de Justiça ou o ente legitimado, diante desses critérios, antever que o ato ímprobo praticado possibilita a aplicação de uma sanção grave, subsumindo-se às hipóteses de inelegibilidade, deverá ingressar em juízo.

Observa-se, por oportuno, que o ressarcimento ao erário não constitui sanção legal, mas consequência do ilícito praticado. Assim, incabível qualquer espécie de solução negociada sobre o seu montante, já que se constitui pressuposto indispensável do acordo. Autoriza-se, contudo, a convenção sobre a forma e o prazo de pagamento.

Em contrapartida, as sanções elencadas no art. 12, da Lei 8.428/92 devem ser alinhadas com a natureza do fato e a magnitude de injusto ímprobo. Dessa forma, excepcionando-se a suspensão dos direitos políticos (direito fundamental irrenunciável) que somente se efetiva após o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 20, da Lei 8.429/92), a multa cível, a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios e a perda do cargo são transacionáveis.

Resta evidenciado, portanto, que o Promotor de Justiça ou o respectivo legitimado devem emitir juízo de valoração, avaliar se o acordo de não persecução cível trará mais vantagens ao interesse público, segundo critérios de conveniência e oportunidade, mas sempre vinculado ao interesse coletivo. Por tal motivo, fala-se em discricionariedade regrada.

Por outro lado, é lícito e recomendável ao ente público, como legitimado a defender a probidade administrativa, incluir outras cláusulas acessórias, como adotar a 'transparência' e o *'compliance'* no acordo de não persecução cível, além de sanções legais. O diploma legal a servir de balizamento é o art. 190 do CPC.

Interessante notar que a redação constante no art. 17, § 10-A, da Lei 8.429/92, com a alteração promovida pela Lei n.º 13.964/19 (pacote anticrime) foi vetada pelo Presidente da República: "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".

Pode-se sustentar que o limite estabelecido no dispositivo revogado (até a contestação) coaduna-se com a finalidade do acordo de não persecução cível.

Assim, permitir o acordo em qualquer fase do processo certamente possibilitaria que o investigado aguardasse a instrução processual; se lhe fosse desfavorável, poderia pactuar com o autor. Esta atitude estimularia a eternização processual, além de consagrar uma justiça afastada da economicidade, efetividade e boa-fé processual.

Por fim, percebe-se que o acordo de não persecução penal, para ter eficácia, necessita de homologação judicial. Já quanto ao acordo de não persecução cível, constata-se, a priori, que o tratamento dado pelo Ministério Público, nos mais variados Estados, por meio de suas resoluções, é no sentido de prescindir de homologação judicial. Essa diferença decorre, substancialmente, da natureza dos valores tutelados, já que o Direito Penal impõe sanções de maior gravidade se comparada às sanções estabelecidas na Lei de Improbidade Administrativa. Dessa forma, não é demais frisar a proeminente necessidade de se disciplinar o acordo de não persecução cível, até mesmo para padronizar esse entendimento.

4 REFLEXOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

Não raras vezes, o agente público, no exercício funcional, pratica ato ilícito violador de bens jurídicos protegidos em diferentes ramos do direito. Esse agente, por intermédio de seu comportamento ímprobo e delituoso, deve sofrer as sanções correspondentes nas respectivas searas.

E, desde que a magnitude do injusto não seja marcada pela gravidade, segundo criterioso juízo de valor, esteado no princípio da proporcionalidade, cabe verificar se é compatível a aplicação simultânea do acordo de não persecução cível e acordo de não persecução penal, cada qual na sua esfera de atuação. Para tanto, necessário averiguar se os requisitos do acordo de não persecução penal (art. 28-A CPP) podem ser 'transportados' para o acordo de não persecução cível, como regra de colmatação pelo vácuo legislativo.

Antes, contudo, é preciso enfatizar que o direito penal possui características próprias em relação a Lei de Improbidade Administrativa, consoante se percebe pelo tratamento

constitucional conferido a probidade administrativa (CF, art. 37,§ 4º). As diferenças estão no tipo de injusto, sanção e os valores tutelados, cada qual com a sua respectiva especificidade.

Dito isso, inexiste impedimento para que o autor do mesmo fato ilícito, com repercussão no âmbito cível e penal, convencione com o Ministério Público o acordo de não persecução penal e acordo de não persecução cível, simultaneamente. Claro que, como se defende nesse trabalho, para os atos de escassa e média gravidade. A título de exemplo, se o Prefeito Municipal apropria-se de valores que seriam destinados à coletividade, dentro de um critério de proporcionalidade, parece razoável não se propor qualquer dos acordos. E os fundamentos para a negativa negocial são: posição hierárquica do autor na estrutura funcional; circunstâncias do fato; grau de afetação dos bens jurídicos tutelados pela Administração Pública; repercussão social. Induvidoso, nesse caso, que o contexto que envolve o fato ímprobo e criminoso não se revela necessário e suficiente para a prevenção e repressão aos crimes ou atos de improbidade administrativa.

Sendo assim, conforme Fábio Medina Osório (2007, p. 241), "as características pessoais do agente público, assim como sua posição hierárquica na estrutura organizacional, são fatores indispensáveis para sopesar, a maior ou menor, a responsabilidade do agente público".

Em contrapartida, a depender do caso concreto, há que se admitir a negociação conjunta dos institutos nas respectivas áreas, guardadas as respectivas peculiaridades. Logo, a partir de um único comportamento funcional do agente público, que espraia o seu efeito para os microssistemas penal e administrativo sancionador, não se revela prudente propor o acordo de não persecução penal e recusar o acordo de não persecução cível. Vale dizer, ou se negocia em ambas as frentes (penal e cível) ou em nenhuma. Para tanto, respeitada a independência funcional, os Promotores de Justiça com diferentes atribuições devem atuar em sintonia para manter essa visão holística do sistema.

Cláudia Lima Marques (2009, p. 90), ao preconizar a teoria dos diálogos das fontes[6] no Brasil, enfatiza: "a doutrina atualizada, porém, está a procura, hoje, mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) do que da exclusão". Assim, é de se incentivar o uso de regras existentes em microssistemas similares, principalmente porque derivados de um único comportamento ilícito. Esses diplomas, que são parte da atuação estatal referente ao direito punir, devem convergir, interagir, para permitir, como já enfatizado, uma resolução coerente do conflito transindividual.

6 As normas, apesar de pertencerem a diferentes ramos, complementam-se, tornando o sistema conglobado.

Nessa linha argumentativa, reputa-se viável a aplicação analógica de alguns critérios do acordo de não persecução penal para o acordo de não persecução cível. Assim como é lícito utilizar a Lei de Leniência ou de Colaboração Premiada. Contudo, a regra de colmatação torna-se legítima com o uso de uma única legislação, sendo inadmissível que o intérprete fragmente vários diplomas, fracionando-os para concretizar o acordo de não persecução cível.

Nesse cenário, entende-se que o instituto mais próximo do acordo de não persecução cível e que pode ser referência, ao menos até o surgimento de regramento que o discipline, é o acordo de não persecução penal. É possível elencar, nessa ordem de ponderação, os seguintes requisitos deste que devem refletir naquele:

a)- existência de procedimento investigatório: no âmbito da improbidade administrativa, evidente que o Ministério Público deve instaurar a correspondente notícia de fato ou inquérito civil para apurar o cometimento de ato ímprobo e nessa peça formalizar o acordo de não persecução cível.

b)- não ser o caso de arquivamento dos autos: em decorrência do status constitucional assumido pelo Ministério Público (defensor do bem jurídico probidade administrativa), o Promotor de Justiça deve instaurar procedimento investigatório cível para, ao final, b.1) propor ação cível pública; b.2) arquivar a investigação, com a remessa ao Conselho Superior do Ministério Público; b.3) realizar o acordo de não persecução cível com o investigado, devidamente acompanhado de advogado. Somente ao final da investigação, após a coleta de elementos probatórios necessários para a devida averiguação de subsunção do fato praticado às sanções de improbidade administrativa, é que se deve decidir pelo cabimento ou não do acordo de não persecução cível.

c)- cominada a pena mínima inferior a 04 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça: ao contrário do direito penal, a estrutura do tipo de injusto improbo é diversa, a qual está inserida nos incisos dos arts. 9º, 10, 10-A e 11 da Lei n.º 8429/92, como hipóteses exemplificativas dos comportamentos proibidos. Ainda assim, sustenta-se que o acordo de não persecução cível deve ser admitido apenas para os atos ímprobos de escassa ou média gravidade, exatamente como o acordo de não persecução penal.

d)- o investigado tiver confessado formal e circunstancialmente a prática do crime: se a conduta ímproba do agente público também caracterizar crime e sendo ele beneficiado com o acordo de não persecução penal, parece inquestionável que a sua confissão seja replicada na esfera cível. Afinal, não se revela possível que a confissão permaneça restrita ao campo penal. Problema maior surge quando a conduta ímproba do agente público não configura delito, o que poderia emergir dúvida sobre a real necessidade da confissão. E existe grande divergência

a respeito. O Ministério Público de São Paulo, por exemplo, a considera como um dos requisitos essenciais (Resolução nº 1.193/2020, art. 5º, V). Já em outros Estados, as resoluções das respectivas Procuradorias de Justiça tratam o tema de forma diversa, de modo que o acordo pode ser aperfeiçoado sem essa condicionante. E, após um juízo preliminar de reflexão, talvez não seja necessário, de fato, exigir a confissão para os atos ímprobos de pequeno potencial ofensivo (como no caso do agente público que viola o princípio da moralidade, em razão de um comportamento de escassa lesividade). Nesse sentido, imprescindível que o legislador ou o Conselho Nacional do Ministério, por intermédio de sua atuação orientadora aos membros do Ministério Público, expeçam atos regulamentares para disciplinar e uniformizar o tema.

e)- necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: é absolutamente vedado ao ente legitimado realizar o acordo de não persecução cível se, após a emissão de um juízo de valoração sobre o fato ímprobo, não ficar demonstrado que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do ato de improbidade administrativa. Constitui, pois, em excelente ferramenta colocada à disposição dos agentes de persecução do Estado para refutar o acordo para os casos mais graves, com maior violação ao bem jurídico probidade administrativa.

5 CONCLUSÕES

Com a intensificação das relações sociais, notadamente após os conflitos de massa e impulsionado pelo mundo globalizado, os índices de litigiosidade aumentaram, sem que o Estado pudesse solucionar o problema de forma efetiva. O processo civil clássico, permeado por conceitos individualistas e dotado de mecanismos que se prestavam a satisfazer os interesses pessoais, não era suficiente para albergar o processo coletivo que surgira no Brasil.

Memorável é o esforço dos doutrinadores processualistas para o reconhecimento dos interesses transindividuais como uma categoria autônoma e dotada de independência do processo civil tradicional. O legislador, influenciado pelos defensores da tutela coletiva, editam normas com caráter metaindividual. A Lei de Ação Civil Pública representa um marco dessa perspectiva. Promulga-se, em 1988, a Constituição Federal, onde se concretiza o compromisso de se proteger bens jurídicos transindividuais. Contudo, necessário elaborar um CPC coletivo.

A judicialização desmedida das questões coletivas, geralmente de grande complexidade, compromete o sistema porque agrava o já caótico quadro de morosidade

judicial, além de se mostrar contraproducente, diante da patente inefetividade. A lesão aos bens jurídicos transindividuais dificilmente é reparada.

Assim é que as técnicas nitidamente marcadas pela consensualidade são incentivadas para tutelar os interesses transindividuais, seja no âmbito criminal ou mesmo no direito administrativo sancionador. Os benefícios são mútuos, valorizam-se os princípios da celeridade, economicidade e eficiência. Garante-se o acesso à justiça como o direito de obter a tutela jurídica justa, efetiva e concedida dentro de um prazo razoável.

Nesse contexto, por intermédio do Pacote Anticrime (Lei 13.964 de 2019), surge o acordo de não persecução penal e o acordo de não persecução cível, na Lei de Improbidade Administrativa, como alternativa nitidamente negocial resolutiva, mediante a antecipação de uma ou mais sanções ao investigado em contrapartida a não imputação do fato ilícito.

O acordo de não persecução penal, em que o Ministério Público, por conveniência e oportunidade (critérios legais), oferta certas condições ao investigado em respeito a autonomia da vontade, deverá ser aceito por este e seu defensor para, posteriormente, ser homologado pelo poder judiciário, que analisará apenas os aspectos legais da proposta. Pode-se constatar que alguns temas relacionado ao ANPP não estão sedimentados, contudo, entende-se que: a) é inviável o manejo do acordo quando já recebida a denúncia, independente do crime ser praticado antes ou após a vigência da lei que o instituiu; b) não se trata de direito subjetivo do investigado; c) em caso de descumprimento contatual por parte do investigado é possível a utilização de sua confissão no âmbito judicial.

O acordo de não persecução cível tornou legítimo o negócio jurídico entabulado entre órgãos do Estado e o agente ímprobo; todavia, os parâmetros para a sua concretização não foram estabelecidos. Como o Estado limitou o alcance nos institutos similares (acordo de leniência, colaboração premiada, ANPP), parece crível inadmitir o ANPC para todo e qualquer ato ímprobo. Nessa ordem de ponderação, entende-se viável a sua utilização para os atos ímprobos de pequeno e médio potencial ofensivo, excluindo os atos graves. Para tanto, o ente legitimado, calcado em juízo axiológico, deve avaliar a subsunção do fato com a magnitude do injusto ímprobo. Consequentemente, nem todas as sanções podem ser antecipadas porque a suspensão dos direitos políticos, direito fundamental, é irrenunciável.

Necessário, pois, que o legislador edite norma para delimitar o âmbito de incidência do ANPC e suas características, com a finalidade de se evitar insegurança jurídica e o tratamento divergente do tema. Enfatize-se que, até o advento de lei, deve-se utilizar os microssistemas similares para a finalidade de proteção dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal, como o acordo de não persecução penal, no que for compatível,

principalmente quando o agente público, por meio de um único comportamento, viola bens jurídicos tutelados no direito penal e direito administrativo sancionador. Evidencia-se que o Estado deve agir de maneira uníssona, seja para conceder ou negar o acordo em ambas as esferas (sempre fundamentadamente), sendo incoerente, nessa linha de raciocínio, elaborar ou refutar apenas um dos acordos.

Assim, no âmbito da respectiva atuação, os entes de persecução do Estado podem utilizar os requisitos acordo de não persecução penal como referência para se propor o acordo de não persecução cível, porque, muito embora tutelem bens jurídicos diversos, foram concebidos pelo mesmo viés, qual seja, inserir técnicas consensuais para, a um só tempo, efetivar o direito material, garantir o acesso à justiça e obstar a propositura de ação judicial.

REFERÊNCIAS

BELLINETTI, Luiz Fernando; HATOUM, Nida Saleh. O acesso à justiça como um dos objetivos de desenvolvimento sustentável e sua garantia pelo processo coletivo. XXV Congresso do Conpedi-Curitiba. **Acesso à Justiça I**, 2016, p. 159.

___. Ações coletivas – um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 98, p. 125-132, abr./jun. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 1055**. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Inteiro Teor de Acórdão, Pesquisa por Processos. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80791>. Acesso em: 15 ago. 2020.

___. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n.º 1668089** - SP (2020/0041787-8). Relator: Ministro Félix Fisher. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22FELIX+FISCHER %22%29.MIN.&processo=1668089&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 25 de jun. 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**: à luz da Lei 13.964/2019 (pacote anticrime). Salvador: Editora JusPodivum, 2020, p. 33, 213.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 31-73; e CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.º 61, p. 148-9, 1991.

CASTRO, Renato de Lima. Colaboração premiada e improbidade administrativa: aspectos fundamentais. In: CASTRO, Renato de Lima; DINIZ, Cláudio Smirne; ROCHA, Mauro Sérgio (Org.). **Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa**: uma

análise crítica a partir dos julgados dos tribunais superiores. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 375-424.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**. Salvador: Editora JusPodivum, 2020, p. 127.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **A lógica das provas no processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 280.

DIDIER, Fredie Jr; ZANETI, Hermes Jr. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo Coletivo. 3. ed. vol. 4. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 31.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência**.** São Paulo: Editora Atlas. 2012. p. 11

FISHER, Douglas. **Não cabe acordo de não persecução em ações penais.** Disponível em: <www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais>. Acesso em: 24 de ago. 2020, p. 11 e 15.

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 90.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 125.

MUNIZ, Tânia Lobo. O conflito, os modelos de solução, o acesso à justiça e a estrutura oficial de solução de conflitos. *In*: MUNIZ, Tânia Lobo; JÚNIOR, Miguel Etinger de Araújo. **Mecanismos contemporâneos de resolução de conflitos**. Birigui: Editora Boreal, 2014, p. 35.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública, corrupção e ineficiência**.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.