

ano 22 – n. 87 | janeiro/março – 2022

Belo Horizonte | p. 1-306 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v22i87

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

O “acordo de não persecução cível” no direito brasileiro: primeiras considerações

*The “not-to-civilly-prosecute
agreement” at the Brazilian Law:
first notes*

Gustavo Osna*

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Brasil)
gustavo@mosadvocacia.com.br

Recebido/Received: 21.10.2020/October 21st, 2020

Aprovado/Approved: 08.02.2022/February 8th, 2022

Resumo: O tema da autocomposição tem assumido especial protagonismo no debate processual contemporâneo. Nesse sentido, entram em cena diferentes argumentos ligados ao seu campo de aplicação e aos seus eventuais limites. Na realidade brasileira, esse fluxo argumentativo também chegou à temática das ações de improbidade administrativa – indagando-se se, e de que forma, a autocomposição seria possível nessa seara. O presente artigo procura enfrentar essa questão, tecendo considerações iniciais ligadas à inovação trazida ao tema pela Lei nº 13.964/2019, que passou a prever o chamado “acordo de não persecução cível”. Com esse fim, aponta-se a opacidade normativa ligada à matéria, apenas parcialmente suprida pela Lei nº 14.230/2021, assim como a dubiedade relacionada à própria natureza da ação de improbidade. Diante disso, o campo em que se insere o mecanismo ainda segue lacunoso.

Palavras-chave: Direito processual. Improbidade administrativa. Autocomposição. Acordo de não persecução. Direito administrativo.

Como citar este artigo/*How to cite this article*: OSNA, Gustavo. O “acordo de não persecução cível” no direito brasileiro: primeiras considerações. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 99-106, jan./mar. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i87.1468.

* Professor Adjunto dos Programas de Graduação e de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Porto Alegre-RS, Brasil). Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Mestre em Direito das Relações Sociais e Bacharel em Direito pela UFPR. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBPD e da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional – ABDPC. Advogado. *E-mail*: gustavo@mosadvocacia.com.br.

Abstract: The ideas of settlement and agreement are achieving an essential role at civil procedure. In this sense, there are several arguments related to its boundaries and to its limits. In Brazil, this debate is also present at the 'administrative improbity claims' - leading to questions about the settlement legality in this area. This essay addresses such issue, providing an initial approach to the innovation brought by the Federal Rule n. 13.964/2019, that enacted a tool of 'not-to-civilly-prosecute agreement'. In sum, I highlight the normative opacity (only partially solved by the Federal Rule n. 14.230/2021) and the unclearness related to the very nature of the 'improbity claim'. Therefore, I conclude that the mechanism is surrounded by uncertainty.

Keywords: Procedural law. Administrative improbity. Settlement. Not-to-prosecute agreement. Administrative Law.

Sumário: 1 Introdução – 2 Aproximações iniciais: a autocomposição e a improbidade administrativa – 3 O acordo de não-persecução cível e a opacidade legislativa: breves notas – 4 Considerações finais – Referências

1 Introdução

Seja por elementos ligados às suas possíveis virtudes, seja como resposta às diferentes debilidades que minoram a efetividade da jurisdição contemporânea, é certo que o tema da autocomposição tem assumido especial protagonismo no debate processual. Nesse sentido, entram em cena inúmeros argumentos ligados ao seu campo de aplicação e aos seus eventuais limites.

Na realidade brasileira, esse movimento também tem sido especialmente sentido e, a partir dele, ganhou espaço o questionamento a respeito da possibilidade de celebração de acordos em uma seara bastante específica de nossa processualística: as medidas de *improbidade administrativa*.

Afinal, seria possível que, nesse âmbito, os atores envolvidos adotassem o caminho da autocomposição? Que tipo de baliza deveria ser posta nessa jornada? Como conformá-la adequadamente, tendo em vista as peculiaridades dessa medida?

As indagações ganham especial relevância tendo em vista as particularidades que caracterizam a própria *natureza* das ações de improbidade administrativa, tornando-a controversa. Mais que isso, o tema recebeu um recente tempero em nosso ordenamento, uma vez que a Lei nº 13.964/2019 passou a explicitamente autorizar a celebração de um "*acordo de não persecução cível*" nesse campo – sem, porém, detalhar sua operacionalização. Do mesmo modo, embora a Lei nº 14.230/2021 tenha incorporado novos aspectos ligados a esse ponto, não foi capaz de superar a opacidade que segue presente em importantes tópicos a ele relacionados.

Considerando esse pano de fundo, tornam-se imprescindíveis o estudo e a compreensão doutrinária ligados à questão. O presente ensaio, de modo breve, procura se inserir nessa quadra – expondo algumas aproximações preliminares ligadas ao referido "*acordo*" e à sua aplicabilidade. Para tanto, são apresentados, em um primeiro momento, elementos atinentes ao avanço da autocomposição

e às idiossincrasias assumidas em nosso *design* processual pela medida de improbidade. Após, são endereçadas as alterações normativa formuladas pela Lei nº 13.964/2019 e pela Lei nº 14.230/2021 ligadas a essa seara, avaliando-se algumas das dúvidas e interrogações decorrentes de sua porosidade.

2 Aproximações iniciais: a autocomposição e a improbidade administrativa

2.1 A autocomposição e a heterocomposição: duas vias para o acerto

Iniciando essa jornada, é possível firmar a seguinte premissa: por mais que a existência de conflitos seja inevitável em qualquer sociedade, há alterações sensíveis nos modais e mecanismos voltados à sua pacificação.¹ A questão não é inédita, expondo o constante diálogo existente entre processo e cultura,² e é a partir dela que se pode extrair uma divisão essencial, colocando em lados opostos as ideias de *heterocomposição* e de *autocomposição*.³

Para compreender essa dicotomia, é válido lançar mão de um exemplo. Para tanto, suponhamos que dois sujeitos celebram contrato de compra e venda de bem imóvel. Imaginemos, porém, que surgem divergências supervenientes a respeito da forma e do valor de pagamento – criando situação sociológica de conflito.

Nessa circunstância, não parece dúbio que o litígio assumiria contornos claros, contrapondo dois interesses bastante definidos: de um lado, estaria o vendedor do imóvel; de outro, o comprador. Os anseios de ambos estariam em rota de colisão, tornando necessária alguma espécie de acerto.

Diante desse tipo de evento, socialmente inevitável, poderiam surgir, porém, alguns caminhos e percursos que não coincidem plenamente. Levando em conta que os próprios sujeitos envolvidos na disputa seriam aqueles por ela impactados, não seria preferível que também *eles mesmos* buscassem uma resposta razoável? Diversamente, seria o caso de submeter a decisão do imbróglio a um *terceiro* ou a um *corpo de terceiros*?

¹ “Nenhuma sociedade está livre de conflitos. Mas como esses litígios serão resolvidos? Aqui encontramos miríades de manifestações da imaginação e do engenho humanos (...) Independentemente do objeto do litígio, ou das espécies de pretensões que serão acolhidas pela sua sociedade, um povo precisa decidir como processar esses pleitos e queixas.” CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014. p. 19.

² Idem. Também assim, *passim*, TARUFFO, Michelle. Cultura e Processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXIII, Milano: Giuffrè, 2009; MITIDIERO, Daniel. Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, n. 33, Curitiba: Genesis, 2004. p. 485 e ss.

³ Aprofundando a questão, ver OSNA, Gustavo. A “Audiência de Conciliação ou de Mediação” no Novo CPC: Seis (Breves) Questões para Debate. *Revista de Processo*, v. 256, São Paulo: Ed. RT, 2016.

É a partir dessas alternativas que se costura a linha que separa os procedimentos de *autocomposição* daqueles de *heterocomposição*. Nos últimos, a pacificação da disputa seria delegada a um sujeito que não integra qualquer das suas pontas, apostando-se em sua *imparcialidade* e conferindo força à sua decisão. Por outro lado, os primeiros teriam como pedra angular o fato de os próprios litigantes, mediante diálogo e (possíveis) concessões recíprocas, atingirem a composição e colocarem fim à celeuma.⁴

Compreendendo esse cenário, nota-se que a decisão proferida em sede jurisdicional representa um exemplo emblemático de meio *heterocompositivo* de resolução de disputas.⁵ Afinal, no instante em que determinada demanda é inserida na administração judiciária, o seu acerto caberá a um *terceiro* estranho à causa; a disputa é entre “A” e “B”, mas nenhum deles (e sim “C”) será responsável pela sua decisão. Mais que isso, porém, vale ressaltar que essa *composição por um terceiro* não constitui exclusividade da justiça estatal. Há também meios que com ela não convergem, como a arbitragem, em que a pacificação da disputa será delegada a um *terceiro* ou a um *grupo de terceiros* que não integram a relação original.⁶ O fato de não pertencerem à esfera pública é irrelevante para essa natureza, não a desnaturando.

De todo modo, ao lado dessas formas de pacificação de disputas, há também aquelas colocadas no outro peso da balança. Aqui, na *autocomposição*, o enfoque é alterado: considerando que a disputa se opera entre “A” e “B”, seria preferível que *eles próprios* chegassem a um resultado capaz de encerrá-la. Deixa-se de confiar na decisão de um terceiro, deslocando a responsabilidade pelo acerto do conflito para os próprios sujeitos que o compõem.

Em linhas gerais, os principais mecanismos inseridos pela nossa academia nessa segunda ponta costumam ser a *conciliação* e a *mediação*. Isso porque, se é certo que ambas não possuem estruturas rigorosamente coincidentes, também

⁴ “É a forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. É a solução altruísta do litígio. Considerada, atualmente, como legítimo meio alternativo de pacificação social. Avança-se no sentido de acabar com o dogma da exclusividade estatal para a solução dos conflitos de interesses. Pode ocorrer dentro ou fora do processo jurisdicional.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. p. 95. Também assim, afirmam Wambier e Talamini que a autocomposição “consiste na resolução da controvérsia pelo sacrifício, por um dos litigantes, no todo ou em parte, do seu interesse próprio em favor do outro”. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. v. 1. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 101.

⁵ “A jurisdição é técnica de solução de conflitos por heterocomposição: um terceiro substituiu a vontade das partes e determina a solução do problema apresentado.” DIDIER JR, Fredie. *Ob. cit.*, p. 84.

⁶ Descrevendo o instituto, afirma Didier que a arbitragem “é técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e ‘imparcial’ (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio. É, portanto, heterocomposição.” DIDIER JR, Fredie. *Ob. cit.*, p. 98. Também reconhecendo como função intrínseca à arbitragem a tarefa de resolução do caso por um terceiro (*in casu*, o árbitro), FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *On International Commercial Arbitration*. Boston: Kluwer Law International, 1999. p. 11.

o é que as duas têm como vocação a lógica *autocompositiva*. Nelas, não cabe a qualquer terceiro definir e veicular uma resposta para o atrito, incumbindo aos litigantes alcançarem essa composição.

Em um breve recorte, é possível notar, a partir das ideias de Chase, que essa segunda “*porta*” seria mais compatível com sociedades mais propensas ao diálogo. Assim, a partir de sua tese da reflexividade cultural entre *processo* e *sociedade*, seria ainda possível que um maior estímulo à autocomposição gerasse maior harmonia também no ambiente social. O percurso seria virtuoso. É exatamente nesse sentido que há quem chegue a confiar em um verdadeiro potencial *transformador* de alguns meios de autocomposição, reconhecendo que o recurso a esses caminhos poderia impactar positivamente o arranjo social ou, ao menos, os sujeitos da contenda:⁷ em um jogo sem derrotados, estariam fomentados o diálogo e a compreensão.

Por outro lado, com um enfoque mais pragmático, também é usual a defesa de que essas vias seriam capazes de alcançar um maior patamar de agilidade e de simplificação. Sintetizando a questão, Dinamarco sustenta que “as vantagens dessas soluções alternativas consistem principalmente em evitar as dificuldades que empecem e dificultam a tutela jurisdicional, a saber: a) o custo financeiro do processo (taxas judiciárias, honorários de advogados, perícias, etc.); b) a excessiva duração dos trâmites processuais, que muitas vezes causa a diluição da utilidade do resultado final; c) o necessário cumprimento das formas processuais, com a irracional tendência de muitos a favorecer o formalismo”.⁸

Naturalmente, há também argumentos em sentido contrário. Não seria a *autocomposição* uma forma ainda mais acentuada de favorecimento dos *haves* processuais em prejuízo aos *one-shooters*?⁹ Com essa postura, não haveria um prejuízo para o cumprimento das funções públicas inerentes à esfera jurisdicional?¹⁰

As dúvidas suscitam importantes provocações, merecendo atenção. De todo modo, é possível salientar que, ao longo dos últimos anos, a temática da autocomposição efetivamente ganhou especial destaque em nossa academia jurídica e em nossa legislação. A questão, ressalta-se, é evidenciada pelo teor do atual Código de Processo Civil, que, além de prever atos explicitamente voltados a esse

⁷ Assim, *passim*, BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph. *The Promise of Mediation – The Transformative Approach to Conflict*. ed. rev. San Francisco: John Wiley & Sons, 2005. p. 45-53.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 143.

⁹ A célebre segmentação entre as categorias, contrapondo litigantes contumazes (*haves*) e litigantes eventuais (*one-shooters*) e percebendo as vantagens inerentes à atuação dos primeiros, é traçada em GALANTER, Marc. Why the ‘Haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, Salt Lake City: Law and Society Association, 1975.

¹⁰ Assim, de forma emblemática, FISS, Owen. Against Settlement. *Yale Law Journal*, n. 93, New Haven: Yale University Press, 1983.

fim, emprega o próprio termo (de modo literal) duas dezenas de vezes. Trata-se, assim, de peça relevante no atual arranjo da matéria.

2.2 A natureza da improbidade e a autocomposição

Compreendidos alguns aspectos centrais ligados à essência da autocomposição, torna-se possível, então, passar ao segundo aspecto basilar da atual investigação: a possibilidade de que essa via resolutive possa ser também aplicada na esfera da improbidade administrativa. O tema vem sendo marcado por uma pluralidade de debates, relacionados a aspectos que vão desde a própria admissibilidade de acordos nessa seara até os eventuais limites inerentes ao conteúdo neles fixado.

Para demonstrar esse aspecto, é interessante recuar um passo conceitual, observando o próprio cerne das medidas de improbidade administrativa. Em linhas gerais, pode-se estabelecer que a questão é regulamentada pela Lei nº 8.429/1992 – a qual, em seus exatos termos, “dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal”. Mais que isso, o exame do diploma demonstra que, além de regular referidas penalidades, também são ali estabelecidos aspectos *processuais* inerentes à sua aplicação – operacionalizando-se, com isso, um procedimento específico para a apuração das práticas contrárias à administração e para a aplicação das consequências legalmente postas.

A partir desse primeiro pilar, porém, surge um cenário repleto de dúvidas. De modo geral, a própria composição *funcional* das ações de improbidade administrativa leva a indagações centrais para a sua composição *estrutural*. Diante de seu peculiar propósito, o instrumento em questão possuiria natureza *cível* ou *penal*? Qual deveria ser sua base interpretativa, servindo-lhe como suporte?

As interrogações, em ampla medida, dialogam com a própria complexidade que hoje é oposta à viabilidade de se pensar em uma “teoria geral do processo”. Como se sabe, essa espécie de discurso, com fins precipuamente didáticos, tornou-se corriqueira em nossa realidade. Nessa guia, considera-se que institutos fundamentais como a *ação* e a *defesa* poderiam se submeter a um discurso *unitário*, encarando o *processo* como uma categoria genérica na composição do campo jurídico;¹¹ que seria possível ler o *processo*, dentro de determinado ordenamento, de forma *transeitorial*.¹²

¹¹ Explicando a questão, afirma Ada Pellegrini Grinover que “os estudos de processo constitucional criaram clima metodológico para o desenvolvimento de uma teoria geral do processo, pois é na Constituição, antes de mais nada, que se encontra a plataforma comum às diversas disciplinas processuais. Já tivemos, no Brasil, um João Mendes Jr. e um José Frederico Marques, como precursores da visão dos grandes princípios comuns ao processo civil e ao penal. O renovado interesse pelo direito processual constitucional, como método definidor dos grandes conceitos e estruturas do sistema, levou, na mesma linha, ao retorno

É certo que a questão não pode ser aqui aprofundada, tendo em vista os seus inúmeros desdobramentos. De todo modo, a premissa é usualmente vista com cautelas especialmente pelo fato de, em seu fundo, o direito processual civil possuir a *resolução de uma disputa* como traço marcante – em estrutura que não seria plenamente adotada na esfera penal.¹³ Haveria, assim, uma diferença teleológica entre os campos, devendo refletir em sua conformação e em seus parâmetros de atuação.

Efetivamente, é certo que, tradicionalmente, tanto o processo *civil* quanto o processo *penal* foram inseridos na esfera pública – assumindo seus respectivos desígnios na engrenagem que sustenta o aparato estatal.¹⁴ Não obstante, ao investigar a doutrina relacionada ao tema, ratifica-se que a possibilidade de aproximação funcional entre as duas peças é problemática – vez que o processo penal não se prestaria a uma real pacificação de conflitos, mas, sim, à aferição da legitimidade de aplicação de *punição* de determinado indivíduo;¹⁵ à *apuração de*

do interesse pela teoria geral do processo, na qual se reúnem princípios gerais comuns aos vários ramos do direito processual, em uma visão crítica e unitária, capaz de introduzir ao conhecimento das distintas disciplinas processuais". Na mesma linha, Dinamarco estabelece que a "teoria geral do processo é, nessa perspectiva, um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo da generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual. Ela transcende a dogmática processual, não lhe sendo própria a indagação ou formulação de regras, ou normas de direito positivo. Por isso mesmo, tende à universalização, superadas as limitações espaço-temporais do direito positivo". GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, n. 88, São Paulo: Universidade de São Paulo, 1993, p. 281; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Ed. RT, 1987. p. 75-76.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 23.

¹³ "Embora a tradição possa legitimar o uso em determinados contextos da expressão teoria geral do processo para uma melhor comunicação com a comunidade acadêmica, é certo que existem diferenças funcionais entre o processo civil e o processo penal – isso para não falarmos nas diferenças entre os processos jurisdicionais e não jurisdicionais – que desautorizam sua teorização conjunta. E como essas diferenças funcionais acabam ecoando nas grandes linhas do processo civil, na formulação dos seus conceitos e na estruturação do processo como um todo, o ideal é que o processo civil seja teorizado autonomamente." MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. p. 23-24.

¹⁴ Conforme Jorge de Figueiredo Dias, "o direito penal <total> cumpre uma função específica de protecção dos bens fundamentais de uma comunidade, que diretamente se prendem com a livre realização da personalidade ética do homem e cuja violação constitui o crime. Como quer que se concebam os poderes do Estado e a articulação destes com a preservação da esfera de liberdade pessoal dos cidadãos, e por melhor que se cumpram os esforços de uma política social preventiva e profiláctica, é seguro não poder o Estado demitir-se do seu dever de perseguir e punir o crime e o criminoso, ou sequer negligenciá-lo, sob pena de minar os fundamentos em que assenta sua legitimidade. Daquela função de protecção da ordem social (de protecção da vida comunitária do homem) advém por conseguinte ao Estado o dever de administração e realização da justiça penal. Este dever é (...) a outra face do princípio da exclusão da autodefesa ou princípio do monopólio estadual da função jurisdicional, que constitui uma exigência irrenunciável das sociedades modernas, fundado como é por valores tão essenciais como os da realização da justiça, da unidade do Estado e da paz jurídica e social". FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 24-25.

¹⁵ Nas palavras de Aury Lopes Jr., "a evolução do processo penal está intimamente relacionada com a evolução da pena, que por sua vez é reflexo da estrutura do Estado (e de sua Constituição) em um determinado período. O processo surge com o terceiro estágio de desenvolvimento da pena, agora como 'pena estatal', que vem marcada por uma limitação jurídica do poder de perseguir e punir. A pena somente

um caso.¹⁶ Em termos sistemáticos: de um lado, o do processo civil, colocar-se-ia um atrito entre “A” e “B”, verificando-se seus anseios contrapostos; de outro, o do processo penal, entraria em pauta a possibilidade de que “B” fosse apenado por determinada conduta a si imputada. A diferença é visível, possuindo efeitos práticos que devem ser notados.

Realmente, compreendendo esse pano de fundo, nota-se com maior clareza, por exemplo, o porquê de se atribuir aos próprios interessados o impulso necessário para a instauração de uma demanda civil¹⁷ e por qual razão, partindo desse mesmo ângulo, se oferece ampla autoridade a atos de vontade, como a desistência ou o reconhecimento do pedido. Por outro turno, na esfera penal vigoraria uma maior *oficialidade*.¹⁸ Entende-se assim o porquê de o Ministério Público poder pleitear a

pode ser imposta mediante o processo judicial e pelo Estado”, razão pela qual “fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois o processo é o caminho necessário para a pena”. LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 5-6.

¹⁶ A diferença funcional existente entre as duas funções estatais, aliás, já é percebida pelo próprio Carnelutti, que, analisando o tema, assim pontua: “*La cognizione è necessaria per porre in atto sai la sanzione restitutiva sia la sanzione penale: come si farebbe a togliere a qualcuno una cosa per darla a un altro e a mettere quel qualcuno in prigione senza la certezza che l’ha rubata? Ma vi è tra i due casi una differenza fondamentale. Che la cosa debba essere restituita è un problema che implica un conflitto di interessi tra due parti, il preteso ladro e il preteso derubato: se viene restituita ne gode il secondo e ne soffre il primo; se non viene restituita, gode questo e soffre quello. Che il preteso ladro sia messo o no in prigione, invece, non determina affatto un conflitto analogo; in apparenza sì, ma tale apparenza è una superstizione. Conviene avvertire subito che è una superstizione (...) il vero è da una parte che l’interesse delle società è soltanto alla punizione se costui è colpevole, non già se è innocente; al contrario, la punizione di un innocente sarebbe a sua volta un disordine, che lede gli interessi della società; vi è perciò una differenza essenziale tra l’interesse della società alla punizione del preteso ladro e l’interesse del preteso derubato alla restituzione della cosa*”. Por seu turno, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho problematiza a questão, afirmando que “o certo, em síntese, é que o conflito de interesses eventualmente existente não é suficiente para agasalhar o conteúdo do processo penal em todas as suas formas e fases” e, disso, concluindo que “a lide, em qualquer de suas formas, é inaceitável no processo penal, isto é, para referir o conteúdo do processo penal, não serve a lide do processo civil e nem a lide penal (...) o conteúdo do processo pode ser apresentado pela expressão caso penal”. Assim, CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napole: Morano Editore, 1958. p. 47-48. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989. p. 134-149.

¹⁷ E, nesse sentido, pode-se dizer que a instauração do litígio depende essencialmente da atuação de um interesse específico de uma das partes. Nas palavras de Arenhart, “a jurisdição é função inerte do Estado, que não age senão após ser provocada. Exige-se, pois, a iniciativa de alguém para a atuação jurisdicional, sendo esta determinante para o Estado, na medida em que este somente agirá segundo aquilo que for delimitado pelo interessado. Essa idéia é corrente no direito nacional, havendo mesmo quem a entenda como fundamento basilar da atuação jurisdicional. Embora pareça exagerado dar a esta característica o papel de essência da jurisdição, é ponto incontroverso que este caráter inercial domina completamente os sistemas processuais modernos”. ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim (Org.). *Processo e constituição*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 587.

¹⁸ Com efeito, sustenta-se a existência, aí, de um efetivo *princípio da oficialidade*, cujo teor, conforme Nucci, “expressa ser a persecução penal uma função primordial e obrigatória do Estado. As tarefas de investigar, processar e punir o agente do crime cabem aos órgãos constituídos do Estado, através da polícia judiciária, do Ministério Público e do Poder Judiciário. A Constituição Federal assenta as funções de cada uma das instituições encarregadas de verificar a infração penal, possibilitando a aplicação da sanção cabível. À polícia judiciária cumpre investigar (art. 144, § 1.º, I, II, IV, e § 4.º); ao Ministério Público cabe ingressar com a ação penal e provocar a atuação da polícia, requisitando diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, fiscalizando-a (art. 129, I e VIII); ao Poder Judiciário cumpre a tarefa

absolvição, mas sem por isso vincular o magistrado¹⁹ ou desistir da ação.²⁰ Da mesma forma, compreende-se a razão pela qual a eventual *revelia* não atua na esfera penal de maneira justaposta àquela vista no campo civil.²¹ Em síntese, colocadas lado a lado, as disciplinas apresentariam pontos de tonalidade bastante diversos.

Enfim, considerando essa potencial disparidade, é evidente que as interrogações antes postas atinentes à ação de improbidade administrativa ganham especial importância. Afinal, reconhecer que ela deve se afeiçoar a outro campo impactará seu alicerce e seu *design*. Não é por acaso que o tema é tormentoso, fazendo com que o dilema ainda seja marcado por um destacado espaço de penumbra.

De modo emblemático, essa nebulosidade inseriu-se no cerne do debate relacionado à aplicabilidade, às medidas de improbidade administrativa, de regras de foro privilegiado próprias do processo penal. Essa questão foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar a ADI nº 2.797 (tendo por objeto dispositivo da Lei nº 10.628/2002), estabeleceu que pretendia “a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies” – afastando essa tese.

Em que pese o posicionamento posto, porém, é certo que essa dubiedade também impactou a possibilidade de que as medidas de improbidade seguissem o caminho da *autocomposição*, indicado no tópico anterior. Em poucas palavras, tratando-se de medida cuja plena coincidência com a esfera cível não parece presente, surgiriam dúvidas a respeito do poder de *disponibilidade* existente em seu âmbito.

de aplicar o direito ao caso concreto (art. 92 e ss.). Não há possibilidade de se entregar ao particular a tarefa de exercer qualquer tipo de atividade no campo penal punitivo. Tanto é realidade que o ofendido pode ajuizar ação penal privada, substituindo o Estado, mas, havendo condenação definitiva, não lhe cabe promover a execução do julgado (quando se faz valer a punição). É tarefa do Ministério Público”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 4 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 95.

¹⁹ CPP. Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

²⁰ CPP. Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

²¹ Conforme Aury Lopes Jr., “atualmente, não há que se falar em ‘revelia’ no processo penal (ou pelo menos não no sentido próprio do termo, o que significa dizer que a utilização seria sempre imprópria e inadequada), pois a inatividade do réu não conduz a nenhum tipo de sanção processual (...) não existe censura ou verdadeiro prejuízo jurídico em relação à conduta do réu que não comparece ao interrogatório ou não permite que se lhe extraia material genético para realização de perícia. Não existe, no processo penal, revelia em sentido próprio. A inatividade processual (incluindo a omissão e a ausência) não encontra qualquer tipo de reprovação jurídica (...) a presença da defesa técnica, ainda que o acusado esteja ausente (ou seja, citado não comparece nem constitui defensor), é uma imposição inarredável, fruto da opção constitucional por um procedimento em contraditório, que impede a produção dos efeitos da revelia”. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 2. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 36-37.

Afinal, poderia o Ministério Público, no âmbito de medida de improbidade, dispor a respeito de eventual exclusão ou minoração de sanções? A questão estaria inserida dentro do espectro de titularidade do órgão? Haveria legitimidade formal e material para tanto?

As dúvidas formaram um caminho tortuoso, originalmente respondido de modo negativo pelo diploma dedicado à matéria.²² Contudo, a celeuma recentemente recebeu tempero diverso em nosso ordenamento – forjando novas indagações e criando um caminho rico a ser explorado.

3 O acordo de não persecução cível e a opacidade legislativa: breves notas

3.1 As reformas da Lei de Improbidade Administrativa e o tema da autocomposição

De fato, a dubiedade inerente à possibilidade de autocomposição em sede de improbidade administrativa deu – e segue dando – as caras da temática. Nesse particular, embora houvesse iniciativas isoladas ligadas a essa questão,²³ a inexistência de uma previsão ampla e genérica – somada às interrogações relacionadas à própria natureza do instituto – inibia sua plena eficácia.

Ora, tratando-se de processo cuja estrutura parece dispor de certo grau de oficialidade, naturalmente surgiriam indagações relacionadas ao âmbito de disponibilidade da medida. Ainda, considerando o próprio objeto que dá fundo a esse tipo de debate, questionou-se se, efetivamente, o espectro de interesses protegido pelo remédio poderia ser conteúdo de negociação.

As ponderações possuem fundamento sólido. De todo modo, parece-nos que, em linhas gerais, dois aspectos se mostraram decisivos para que se percebesse que, também no âmbito das ações de improbidade, o acertamento por meio da autocomposição seria possível. O primeiro deles, de ordem essencialmente pragmática: diante da inefetividade do processo, a adoção de acordos poderia representar a melhor medida material para se alcançar alguma proteção ao bem jurídico relevante. O segundo deles, de ordem predominante teórica: mesmo no âmbito do processo penal a prática de negociação e de autocomposição passou a

²² Com efeito, na redação hoje revogada de seu art. 17, §1º, dispunha expressamente a Lei de Improbidade Administrativa ser “vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações” sujeitas à sua égide.

²³ Veja-se, nesse sentido, a previsão formulada pelo próprio Conselho Nacional do Ministério Público por meio da Resolução nº 179/CNMP de 2017. Em seus termos, previu-se ali ser “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” (art. 2º, §1º).

ser materialmente defendida. Ato contínuo, sequer por analogia existiria respaldo para a eventual vedação no campo da improbidade.

Efetivamente, enfrentando o primeiro dos aspectos, é certo que o atual estágio da atividade jurisdicional brasileira é marcado por um sensível déficit de efetividade. A questão nos parece possuir causalidade complexa, passando por diferentes fatores de gênese cultural, legislativa e estrutural.²⁴ Nesse jogo, elementos como os custos do processo, a ideologia jurídica e o acesso ilimitado aos tribunais são algumas das peças principais, levando a um ambiente de escassez e de obstáculos.²⁵ Inexoravelmente, compromete-se a capacidade de entrega da jurisdição.

Considerando esse *background*, é previsível que também as medidas de improbidade administrativa tenham sua eficácia substancialmente abalada. Afinal, a morosidade na resposta processual conduz a um cenário de inequívoca insegurança jurídica. Do mesmo modo, leva a um elevado risco de que mesmo uma eventual condenação, por ser tardia, mostre-se materialmente ineficaz. Seja pela inidoneidade da sanção serôdia, seja pela dificuldade de reparação, o interesse público é então prejudicado. Por consequência, a autocomposição poderia ser uma alternativa salutar em inúmeros casos – suprindo em alguma dimensão esses pontos cegos.

Por outro lado, também o argumento ligado à natureza das medidas de improbidade ou à essencialidade do bem jurídico por elas tutelado perdeu fôlego

²⁴ Articulando esses elementos, é possível salientar que “*adjudication is an activity that must necessarily be offered by the State to anybody who feels that the exercise of his rights has been threatened or harmed. However, this service could, in turn, be defective in three specific dimensions: (a) legislative, (b) structural, and (c) cultural (...)* The analysis of each of these elements is usually done separately, attributing each to a distinct field of legal studies (like anthropology or sociology). Nevertheless, we argue that their connection is deep enough to require their collective consideration when discussing adjudication or civil procedure and its reforms (...) As a consequence, the examination of the relationship between these three elements requires the selection of a parameter able to harmonise them and their dialogue and application. This happens because suitability of adjudication can be evaluated only when the three dimensions are taken into account. It is precisely here that we believe that proportionality, in its pan-procedural approach, can be placed, serving as a filter that can provide permeability between the three dimensions, giving the necessary background to an use of civil procedure that is compatible with its global premises and consequences”. Ver, assim, ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the ‘pan-procedural’ approach. *International Journal of Procedural Law*, n. 4, Cambridge: Intersentia, 2014, p. 197-199. Ainda sobre o tema, *passim*, OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

²⁵ A crítica é formulada no processo civil brasileiro, entre outros, por Mancuso. Nas palavras do autor, “a assunção, pelo Estado-juiz, dos conflitos instaurados e não auto ou heterocompostos entre os interessados ou entre estes e a Administração Pública, não foi acompanhada de uma igual preocupação com a boa gestão da imensa massa de processos que foi se avolumando nos escaninhos judiciários, de primeiro e segundo grau, assim como tampouco se atentou para um efetivo controle da efetividade da prestação jurisdicional, olvidando-se o aviso de que a quantidade acaba por afetar a qualidade (...) como se diz em sede de “organização e método”, quem quer os fins, deve dar os meios, e o que se constata é que o Estado brasileiro houve por bem assumir o monopólio de distribuir a Justiça, mas não revelou empenho e proficiência em dotá-la dos meios pessoais e materiais que lhe permitissem produzir um resultado final de boa qualidade”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 58-59. Ver sobre o tema, também, *passim*, OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade*. Ainda, WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2019.

para servir como eventual obstáculo a essa guinada. E isso porque, considerando as dificuldades acima, mesmo na esfera penal a celebração de acordos passou a ser expressamente defendida. Como consequência, o óbice em questão foi sensivelmente esvaziado: se mesmo em um campo envolto por valores ainda mais sensíveis a composição seria possível, não haveria justificativa, pautada nesse alicerce, que ilidisse a aplicabilidade desse enfoque teórico também nas medidas sujeitas à Lei nº 8.249/1992.

Emoldurando essa questão, percebe-se que, efetivamente, essa inclinação do processo penal foi explicitamente incluída no diploma voltado à matéria. Com efeito, com a alteração ali realizada pela Lei nº 13.964/2019, passou a ser genérica e explicitamente prevista a possibilidade de composição na área penal – agregando uma nova peça para disciplina.

Foi assim que, também no âmbito da improbidade, o debate atinente à temática levou à reforma legislativa. Em síntese, modificando a redação originária da Lei de Improbidade Administrativa, a mesma Lei nº 13.964/2019 passou a ali fazer constar expressamente, em seu art. 17, §1º, que as medidas sujeitas ao diploma “admitem a celebração de acordo de não persecução cível”. Por consequência, deixa de haver dúvidas a respeito do cabimento da autocomposição nessa esfera.

Não obstante, ainda que referida admissibilidade tenha se tornado certa, o alicerce não findou as indagações relacionadas ao tema. De modo específico, o gargalo surgiu tendo em vista que a legislação, embora passasse a textualmente chancelar a celebração do dito “acordo de não persecução cível”, seguiu silente quanto à sua forma, quanto aos seus limites e quanto ao seu conteúdo. Sob esse viés, formou-se um cenário de evidente insegurança para a adoção dessa via, inexistindo calculabilidade ou previsibilidade para qualquer dos envolvidos.

Nesse ponto, salienta-se que, em sua proposta originária, a própria Lei nº 13.964/2019 procurava avançar alguns passos para suprir essa lacuna. Para tanto, além de agregar ao diploma de improbidade administrativa o já referido art. 17, §1º (chancelando a *viabilidade* do acordo), complementava-o por meio do então projetado art. 17-A (o qual estabelecia *parâmetros* e *balizas* para a celebração da composição).²⁶ Evidentemente, a relação entre os preceitos seria simbiótica:

²⁶ Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:

I - o integral ressarcimento do dano;

II - a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados;

III - o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente.

§ 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso.

enquanto o primeiro fixava que o acordo seria *possível*, o segundo conformava o seu exercício e a sua consolidação.

Ocorre que, ainda que essa lógica fizesse sentido, ela foi rompida pelo fato de o art. 17-A ter sido objeto de veto legislativo.²⁷ Como consequência, faltava uma peça elementar para o quebra-cabeças da matéria.

Dada essa opacidade, o tema foi objeto de nova composição legislativa – dessa vez, pela recente Lei nº 14.230/2021. Nessa ocasião, procurando estabelecer alguns parâmetros mais objetivos para a temática, agregou-se à Lei de Improbidade Administrativa seu atual art. 17-B, com *caput* provido do seguinte teor: “O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: I - o integral ressarcimento do dano; II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados”.

Adicionalmente, foram cominados, nos parágrafos do dispositivo, parâmetros e elementos procedimentais que caracterizariam a celebração da convenção de não persecução. Como exemplo, introduziu-se como requisitos específicos para sua validade a aprovação pelo *órgão ministerial competente* (§1º, inc. II) e a *indispensável homologação judicial – trate-se de acordo prévio ou posterior à propositura da medida* (§1º, inc. III). *Do mesmo modo, procurou-se fixar diretrizes gerais para a avença, como seu alinhamento ao “interesse público” e sua consonância com a “gravidade” do ato e com a “personalidade” do agente* (§2º). Ainda, firmou-se

§ 2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade.

§ 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor.

§ 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil.

§ 5º Cumprido o disposto no § 4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.

²⁷ Nesse ponto, veja-se que o §2º do dispositivo foi objeto de veto pela seguinte fundamentação: “A propositura legislativa, ao determinar que o acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade, contraria o interesse público por ir de encontro à garantia da efetividade da transação e do alcance de melhores resultados, comprometendo a própria eficiência da norma jurídica que assegura a sua realização, uma vez que o agente infrator estaria sendo incentivado a continuar no trâmite da ação judicial, visto que disporia, por lei, de um instrumento futuro com possibilidade de transação”. Por seu turno, o *caput* do referido art. 17-A, assim como o seu §1º, o seu §3º, o seu §4º e o seu §5º, recebeu a seguinte justificativa de veto: “A propositura legislativa, ao determinar que caberá ao Ministério Público a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, contraria o interesse público e gera insegurança jurídica ao ser incongruente com o art. 17 da própria Lei de Improbidade Administrativa, que se mantém inalterado, o qual dispõe que a ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa pode ser proposta pelo Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada leia-se, aqui, pessoa jurídica de direito público vítima do ato de improbidade. Assim, excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível representa retrocesso da matéria, haja vista se tratar de real interessado na finalização da demanda, além de não se apresentar harmônico com o sistema jurídico vigente”.

que o descumprimento do pacto de não persecução criaria óbice para sua nova celebração pelo interessado, por período quinquenal (§7º).

Enfim, é certo que o dispositivo procurou, com isso, estabelecer alguns suportes pertinentes para a matéria. Ainda assim, não faltam dúvidas ligadas aos seus requisitos e à sua aplicabilidade – causando insegurança concreta. Como consequência, cria-se um cenário que torna ainda mais necessários o estudo e a reflexão.

3.2 O silêncio normativo e a dubiedade prática: algumas indagações

Realmente, se a Lei de Improbidade Administrativa passou a expressamente permitir a celebração de acordos nas medidas sujeitas à sua égide, mas não estabeleceu com plenitude (seja de imediato ou pela sua posterior reforma) limites claros ou requisitos sólidos para tanto, o caminho se tornou naturalmente marcado por interrogações. Nesse percurso, não falta espaço para a dubiedade.

No âmbito do dito “acordo de não persecução cível”, haveria um patamar mínimo de penalidades (somadas ao ressarcimento do dano) a ser observado? O instituto seria aplicável a medidas já em curso? A partir do preenchimento de determinados requisitos, sua celebração corresponderia a efetivo direito do réu?

As indagações possuem suma relevância, sendo fomentadas, ainda, pelo debate previamente indicado atinente à *natureza* do processo de improbidade. Como posto, o instrumento em questão possui composição e propósito *sui generis*, razão pela qual há quem pugne motivadamente pela sua aproximação com a esfera cível ou com o campo penal. Embora o Supremo Tribunal Federal já tenha se pronunciado sobre o tema, o gargalo parece distante de sua superação.

Ora, sendo esse o caso, observa-se que o laconismo do tratamento legislativo cria uma opacidade ainda mais sentida, vez que sequer há consenso a respeito de eventuais fontes para a leitura suplementar ou subsidiária do dito “acordo de não persecução”. Além da incerteza que já perpassaria o instituto pelo simples fato de se tratar de inovação jurídica (devendo ser reconhecida e experienciada como tal),²⁸ a insegurança é agravada e ampliada pela própria penumbra em que se situam as ações de improbidade.

²⁸ Nesse ponto, analisando de modo geral as convenções celebradas no âmbito do processo, Hoffman afirma que essa inclinação estaria submetida ao próprio ciclo natural de toda *inovação* inserida no contexto dos contratos – razão pela qual a difusão do seu uso seria antecedida por diferentes etapas de validação e de consolidação. Verticalizando a questão, o teórico salienta que “if we are in Stage One of the productive innovation cycle for these dispute resolution provisions, it would be important not to seize on evidence of particular examples of such terms –like the burden-shifting clauses described by Scott and Triantis– to imply that such terms are widespread. As the theory predicts, in Stage One we would expect to see occasional innovations, as new entrants attempt to use contract terms to gain competitive advantages. But those

Observando cada uma das indagações formuladas acima a partir dessa bússola, percebe-se como, efetivamente, ela pode ser determinante para que a funcionalidade e os critérios da autocomposição sejam compreendidos. Como exemplo, compreendendo-se a “não persecução” a partir de balizas integrativas próximas àquelas que marcam os acordos na área penal, seria viável que as vezes que veem ali um efetivo direito, de titularidade da parte ré, também aqui reverberassem. Por outro vértice, consideramos que essa argumentação decididamente não seria confirmada caso o “acordo de não persecução cível” fosse, redundantemente, compreendido sob olhares típicos da esfera cível. Nessa hipótese, a conclusão mais razoável seria que sua celebração se sujeitaria a uma margem de discricionariedade do titular da medida – evidentemente balizada por suas funções institucionais e pela dinâmica representativa em questão.

Enfim, o que se vê é que, por mais que referida composição seja aceita, o caminho voltado à sua consolidação ainda se mostra tormentoso e repleto de lacunas. Para encerrar o presente ensaio, indica-se um ponto específico em que essa opacidade é sentida: a eventual necessidade ou a possível dispensabilidade de que a autocomposição seja integrada pela *confissão* do ato ímprobo por seu signatário. Em termos objetivos, trata-se de formular a seguinte indagação: a confissão do ato de improbidade representa ou não requisito para a celebração do acordo de não persecução cível?

Como é intuitivo, a indagação possui natureza determinante para que se balize a própria aplicação do instituto, podendo condicionar sua efetividade. Afinal, impor ao sujeito um ônus de *confessar* o ato inequivocamente servirá como elemento de *dissuasão* para a autocomposição; ainda que a questão seja pacificada na esfera cível e administrativa, as externalidades e consequências, naturalmente, a ela não se limitarão.²⁹

Sob esse viés, a exigência de confissão tenderia a reduzir as hipóteses de celebração de acordo de não persecução. Mais que isso, compreendendo

terms will not be the standard, and most counterparties will not actually be permitted the opportunity to ‘purchase’ them, even if they are otherwise welfare enhancing. Stage Two will commence when sufficient, highly salient, exogenous shocks commence to rattle the status quo. What would such shocks look like? A Supreme Court decision making terms salient –and explicitly approving their enforceability– would be exemplary. Decisions like AT&T v. Concepcion (validating class-arbitration waivers) and *Carni-vale Cruise v. Shute* (validating forum selection clauses) could have spurred attorneys to consider clauses that they previously would have left unused. The take-away from this analysis is that until a bespoke procedure clause is challenged, and approved, in a high-profile litigation before a high-profile court, or considered in the Rules Amendment process, it is unlikely that such clauses will become widespread”. Ver HOFFMAN, David A. *Whiter Bespoke Procedure? University of Illinois Law Review*, n. 2, Champaign: University of Illinois College of Law, 2014, p. 245-249. Ainda, OSNA, Gustavo. “Contratualizando o processo”: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 21, Rio de Janeiro: UERJ, 2020, p. 163.

²⁹ No menor dos casos, os impactos morais e sociais advindos da eventual confissão seriam irrefutáveis – vez que, a partir dela, conferir-se-ia clareza à existência e à autoria do ato ímprobo.

o instituto em diálogo com os pilares da autocomposição na esfera cível, essa eventual obrigatoriedade sequer possuiria razão de ser. Na realidade, um dos grandes incentivos a essa via resolutive, nessa seara, costuma ser exatamente a *desnecessidade* de condenação ou de declaração de resultado – permitindo o desenvolvimento de um processo *sem vencedores ou derrotados*. Na esfera da improbidade, esse raciocínio poderia então dispor de igual enquadramento.

Contudo, diante da penumbra previamente indicada, há quem defenda que o raciocínio a ser aqui aplicado deve partir de ancoragem diversa. Sob esse ângulo, adota-se como ponto de partida o disposto no aludido art. 28-A do Código de Processo Penal, que regulamenta a composição naquele âmbito. E, nos termos do dispositivo, “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”. Analogicamente, a conclusão seria clara: reconhecendo-se a aplicabilidade desse pano de fundo ao acordo de não persecução civil, também nele a confissão seria indelével.

Enfim, o exemplo é revelador da pluralidade de leituras que caracteriza o campo. Incumbirá aos tribunais e à academia o seu amadurecimento, de modo a efetivamente consolidar sua prática. Somente assim a opacidade legislativa pode ser superada, viabilizando-se que o tema seja revestido de segurança e de solidez.

4 Considerações finais

Tendo em vista a natureza cultural do processo e dos seus mecanismos, é natural que inovações trazidas a esse campo ensejem dubiedades. Em termos gerais, pode-se afirmar que a implementação de mudanças é assim marcada por certo grau de experimentalismo – aferindo-se e explorando-se suas potencialidades concretas.

É essa, também, a moldura hoje relacionada ao tema do “acordo de não persecução cível” em nosso sistema jurídico. Dando um passo além, o presente artigo procurou ainda demonstrar que, em relação a esse instituto, as incertezas são ainda ampliadas por outros fatores. Em resumo, a porosidade legislativa ligada à questão e a dubiedade atinente à própria natureza das medidas de improbidade fazem com que as interrogações assumam proporção acentuada.

Foi mencionado que essa nebulosidade dá origem a dúvidas bastante concretas, colocando em cena questões como a necessidade de que a composição seja acompanhada de confissão do ato ímprobo ou a existência de eventuais parâmetros mínimos de punição a integrarem seu conteúdo. Nesse sentido, o que se nota é que o campo segue aberto ao estudo e ao diálogo. Trata-se de medida necessária para

permitir a plena utilização do instituto, minorando a insegurança para os agentes envolvidos e permitindo a concretização de seus possíveis benefícios.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the 'pan-procedural' approach. *International Journal of Procedural Law*, n. 4, Cambridge: Intersentia, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim (Org.). *Processo e constituição*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph. *The Promise of Mediation – The Transformative Approach to Conflict*. ed. rev. San Francisco: John Wiley & Sons, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napole: Morano Editore, 1958.

CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 12. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Ed. RT, 1987.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FISS, Owen. Against Settlement. *Yale Law Journal*, n. 93, New Haven: Yale University Press, 1983.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *On International Commercial Arbitration*. Boston: Kluwer Law International, 1999.

GALANTER, Marc. Why the 'Haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, Salt Lake City: Law and Society Association, 1975.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, n. 88, São Paulo: Universidade de São Paulo, 1993.

HOFFMAN, David A. Whiter Bespoke Procedure? *University of Illinois Law Review*, n. 2, Champaign: University of Illinois College of Law, 2014.

LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 2. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MITIDIERO, Daniel. Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, n. 33, Curitiba: Genesis, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 4 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008.

OSNA, Gustavo. “Contratualizando o processo”: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 21, Rio de Janeiro: UERJ, 2020.

OSNA, Gustavo. A “Audiência de Conciliação ou de Mediação” no Novo CPC: Seis (Breves) Questões para Debate. *Revista de Processo*, v. 256, São Paulo: Ed. RT, 2016.

OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

TARUFFO, Michelle. Cultura e Processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXIII, Milano: Giuffrè, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, v. 1, 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2013.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2019.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OSNA, Gustavo. O “acordo de não persecução cível” no direito brasileiro: primeiras considerações. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 89-106, jan./mar. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i87.1468.
