



Sophia de Moura Leite

**MICROSSISTEMA DE
TUTELA COLETIVA E A DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO NA
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:
UMA ANÁLISE SOB O ASPECTO
DA CONSENSUALIDADE**

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autora

Sophia de Moura Leite

Capa

AYA Editora

Revisão

A Autora

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Direito

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.º Me. José Henrique de Goes

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Me. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Me. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus
Parauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Ma. Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda

Santos

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

Prof.º Dr. Valdoir Pedro Wathier

*Fundo Nacional de Desenvolvimento Educacional,
FNDE*

© 2021 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pelas autoras para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição Creative Commons 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas desta obra são integralmente de responsabilidade de sua autora.

L5332 Leite, Sophia de Moura

Microsistema de tutela coletiva e a defesa do patrimônio público na improbidade administrativa: uma análise sob o aspecto da consensualidade [recurso eletrônico] / Sophia de Moura Leite . -- Ponta Grossa: Aya, 2021. 48 p. --ISBN: 978-65-88580-82-0

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader.

Modo de acesso: World Wide Web.

DOI 10.47573/aya.88580.1.21

1. Direito. 2. Tutela jurisdicional – Brasil. 3. Ação coletiva (Processo civil) - Brasil. 4. Improbidade administrativa - Brasil I. Título

CDD: 347.81

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

**International Scientific Journals Publicações
de Periódicos e Editora EIRELI**

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	6
INTRODUÇÃO	7
DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS	9
Origem e evolução histórica	9
Distinção: interesse público primário x interesse público secundário	18
Características dos interesses coletivos lato sensu	21
Distinção: direitos difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos	23
CONSENSUALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	25
Princípios e legislação que compõem o microsistema: necessário influxo da consensualidade	25
Nova estratégia para os velhos problemas	28
TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA	30
Aspectos gerais da consensualidade no direito brasileiro contemporâneo	30
Proibição administrativa como interesse difuso	32
Consensualidade na lei no 8.429/92 e	

as discussões acerca do acordo de não persecução cível	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	42
SOBRE A AUTORA	46

APRESENTAÇÃO

Esta obra aborda a evolução histórica do microssistema de tutela coletiva no Brasil, como forma de proteção aos direitos metaindividuais, tomando-se por base o estudo sob os aspectos de maior relevância, assim como das peculiaridades da tutela coletiva no âmbito processual, analisando-se os remédios constitucionais, os quais objetivam tornar efetivas as garantias fundamentais, bem como algumas de suas consequências práticas. Em sequência, desenvolve-se a relação entre os meios processuais disponíveis e o crescimento paulatino da consensualidade no ordenamento jurídico pátrio. Perpassa-se, ainda, pela avaliação dos instrumentos de valorização da atuação resolutiva, judicial e extrajudicialmente, com foco, em especial, para a tutela do patrimônio público na seara das ações de improbidade administrativa. Por fim, analisam-se as discussões encadeadas pela última alteração da Lei no 8.429/92 pelo conhecido Pacote Anticrime, bem como as problemáticas que permeiam o novo acordo de não persecução cível.

Sophia de Moura Leite

INTRODUÇÃO

“Há pouco menos de três décadas, nosso direito sancionador não contava com consensualidade alguma. Agora, não há consensualidade que nos baste.”

É a partir dessa reflexão do doutor e professor Emerson Garcia que o presente trabalho passa a discutir questões referentes ao microssistema de tutela dos direitos transindividuais, aliada à análise da tutela do patrimônio público, com foco especial no desenvolvimento da consensualidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Diariamente, mudanças sociais são vistas no mundo, tanto na forma de pensar como na forma de agir da sociedade. É nesse contexto de evoluções que se percebeu, ao longo do século XX, principalmente após a Revolução Industrial, que houve um claro desenvolvimento do “nós” em detrimento do “eu”, mormente no que toca à solução de conflitos.

Nesse cenário, não só questões sociais, como também econômicas sofreram influência a partir da necessidade de agrupamento de indivíduos em prol de interesses comuns. Não seria diferente tal mudança no mundo jurídico.

Nos últimos anos, uma visão coletivizada dos problemas e conveniências abriu espaço para uma nova forma de acesso à justiça, o que passou a exigir uma resposta do direito positivo de modo a encontrar uma forma adequada de tutelá-la.

Assim, essa evolução e massificação acelerada ao longo das últimas décadas gerou o reconhecimento de que o instrumento normativo adequado para a tutela de direitos coletivos deveria ser acompanhado de um microssistema jurídico capaz de unir celeridade processual, segurança jurídica e acesso adequado à justiça. Percebeu-se, pois, que os institutos pertencentes à esfera jurídica individual, tais como litisconsórcio, coisa julgada e litispendência, não seriam mais capazes de abarcar as necessidades dessa nova tutela de grupos.

Nesse diapasão, não só a doutrina começa a conceituar os direitos metaindividuais, trazendo inclusive nomenclaturas diversas, tais como direitos transindividuais ou coletivos lato sensu, como o legislador também passa a trabalhar no sentido de criar um direito positivo, composto de normas e procedimentos próprios, adequados a esse tipo de demanda. Assim, paulatinamente, o microssistema de tutela coletiva ganha espaço para que seja um mecanismo de defesa das macrolesões.

É a partir da importância que vem sendo dada ao tema, especialmente com as atuais discussões acerca dos mecanismos de consensualidade, que o presente trabalho pretende abordá-lo.

Questiona-se: quais os meios de tutela de direitos transindividuais no Direito brasileiro e qual é a sua real efetividade? A partir dessa análise, busca-se relacionar o assunto com a necessidade que aos poucos surgiu na história de uma justiça consensual, mormente para tutela de lesões causadas aos grupos, classes e categorias que dividem direitos e interesses comuns, e em defesa do patrimônio público.

Para tanto, adota-se como metodologia a compilação das doutrinas mais influentes no tema, de maneira a obter tanto uma boa base teórica, como também abrir campo para reflexões e questionamentos que, na prática, só serão respondidos ao longo dos próximos anos.

A obra de Hugo Nigro Mazzilli, “A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses” foi utilizada ao longo de todo o trabalho, por abarcar de maneira completa a conceituação dos direitos metaindividuais, por trazer de forma detalhada, em diversos capítulos, as ações coletivas que tutelam os referidos direitos e suas respectivas leis, sem deixar de abordar também as questões processuais que circundam o tema.

Utilizou-se também a tese de doutorado do Ministro Teori Albino Zavascki, “Processo coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos”, que, por tamanha qualidade e exatidão, foi publicada e transformada em livro referência no assunto.

No âmbito do Direito Administrativo, a discussão acerca da consensualidade tomou por base renomadas obras do direito brasileiro, como artigos e livros do professor Emerson Garcia, bem como a tese da professora e doutora Alice Voronoff, referência no tema do Direito Administrativo sancionador.

Oportuno destacar, desde já, que se utilizou também de trechos de artigos e obras clássicas de autores estrangeiros, mormente de autores italianos, por serem muitos deles referência no tema com os quais se optou por trabalhar de maneira a expor o texto original, fazendo-se, porém, a tradução nas notas de rodapé, para evitar eventuais perdas de compreensão parcial do conteúdo.

Na primeira parte, o trabalho é formado por uma breve relato da origem histórica dos direitos metaindividuais em uma perspectiva comparada, abordando de maneira direta a class action americana e partindo para análise da sua influência no Direito brasileiro. Feita esta, passa-se a distinguir o interesse público primário do secundário, o que é especialmente justificado pela posterior relação a ser feita entre tal distinção, a tutela dos direitos coletivos e a consensualidade no direito administrativo.

Em um segundo momento, passa-se ao exame mais detalhado da consensualidade e do direito sancionatório, analisando-se o histórico da legislação hoje existen-

te no ordenamento jurídico brasileiro.

Tendo sido feita a referida abordagem teórica, a terceira parte do trabalho, por sua vez, trata do tema da improbidade sob uma perspectiva crítica, a partir das recentes interferências legislativas na Lei no 8.429/92, sobretudo quanto à positivação do instituto do Acordo de Não Persecução Cível, inserido na Lei de Improbidade Administrativa pelo Pacote Anticrime, em 2019.

Evidencia-se, portanto, que o fito do presente artigo é analisar a efetividade de todo esse microsistema, partindo então para um campo mais restrito, qual seja, a consensualidade e o direito sancionador, de maneira a discutir a repercussão dos instrumentos analisados no Direito brasileiro atual.

DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

Origem e evolução histórica

Os interesses ou direitos transindividuais podem ser abordados a partir de duas conotações. A primeira, como bem conceituou o Ministro Celso de Mello em seu voto no julgamento de Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal, permeia a ideia de direito fundamental e direitos humanos, dos quais é titular toda a sociedade, verbis:

“valores cuja titularidade transcende a esfera meramente subjetiva, vale dizer, a dimensão puramente individual das pessoas e das instituições. São direitos que pertencem a todos, considerados em perspectiva global. Deles, ninguém, isoladamente, é o titular exclusivo. Não se concentram num titular único, simplesmente porque concernem a todos, e a cada um de nós, enquanto membros integrantes da coletividade.”

A segunda, em sentido mais estrito, é considerada gênero do qual fazem parte as espécies de direitos difusos, direitos coletivos stricto sensu e direitos individuais homogêneos. É essa perspectiva que embasará o presente trabalho.

No que toca à natureza jurídica dos direitos metaindividuais, vale comentar que o Direito Constitucional costuma dividi-la no que alguns autores preferiram chamar de “fases”, “gestações”, “dimensões” ou, ainda, “gerações”, a depender da obra, características da historicidade da formação dos direitos fundamentais e suas transformações no decorrer dos anos.

De acordo com a doutrina do professor e constitucionalista Guilherme Peña de Moraes, a primeira gestação seria aquela que garante o estabelecimento de um dever por meio de uma abstenção, um non facere, inibindo a atuação de um Estado Liberal.

A segunda fase seria, por sua vez, uma espécie de oposição à primeira, em que se estabelece um Estado Social, havendo um estreitamento de um dever de ação, com fulcro de atender às necessidades sociais, econômicas e culturais.

Já a terceira geração abarca os direitos coletivos de uma sociedade vista a partir de um todo, e não mais de uma perspectiva individualizada. Surge, pois, uma convergência de direitos, não atrelada a uma só pessoa ou grupo. De acordo com a doutrina de André Ramos Tavares, “são direitos de terceira dimensão aqueles que se caracterizam pela sua titularidade coletiva ou difusa, como o direito do consumidor e o direito ambiental.” Essa geração é reconhecida por ser informada pela fraternidade, e por tal, também costuma ser denominada “direitos da fraternidade” ou “direitos da solidariedade”.¹

Historicamente, em uma perspectiva comparada, faz-se mister apontar a experiência inglesa da Common Law, que trouxe a class action como grande influência ao direito norte-americano, e à origem da tutela coletiva em geral. Trata-se de mecanismo utilizado não só para amparar os indivíduos, como também para garantir os direitos coletivos de uma classe.

Até um passado relativamente recente, os direitos tutelados eram de número e tipo limitado e conhecido, protegido com um rito flexível, delimitados em um modelo de “um contra o outro”. Em um perfil que nasce a partir da tutela em forma coletivizada do direito ao ressarcimento dos danos causados a mais de um sujeito, a partir de fato tido como pluriofensivo, é que tem início a class action, instituto de matriz estadunidense, de influência inglesa, iniciado em 1938, o qual foi disciplinado na América a partir do Federal Rules of Civil Procedure, na rule 23.

De acordo com o ilustre autor italiano Vincenzo Vigoriti:

“L’esperienza mostra che vi sono situazioni sostanziali che meglio di altre si prestano ad essere difese con la class action, situazioni che se protrebbero definire “naturalmente” o “necessariamente” collettive, como ad esempio quelle che riguardano la tutela dell’ambiente, i consumatori, il risarcimento dei danni provocati da lesioni di massa, ecc., ma è certo comunque che l’utilizzazione della class action non è esclusa per nessun tipo di situazione sostanziale a dimensione superindividuale.”²

Extrai-se do trecho acima a ideia de que a class action americana tinha como importante característica a permissão de que uma classe promova a ação em defesa dos interesses de todos os seus membros, gerando, inclusive, coisa julgada com eficácia geral, visto que em determinadas situações era necessária tal abordagem

¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 5a ed., 2007, p. 429

² *A experiência mostra que há situações substanciais que, melhor que outras, se prestam a ser defendidas com a class action, situações essas que podem ser definidas como “naturalmente” ou “necessariamente” coletivas, como por exemplo aquelas que dizem respeito a tutela do meio-ambiente, dos consumidores, do ressarcimentos de danos provocados a lesões de massa, etc. Mas é certo também que a utilização da class action não inclui nenhum tipo de situação substancial de dimensão superindividual. (Tradução nossa) - VIGORITI, Vincenzo. Giustizia e Futuro: conciliazione e class action. 2010. Disponível em <http://bdjur.stj.jub.br/dspace/handle/2011/82621>, p. 284*

coletivizada.

Somente em 1970 é que nos países de Civil Law foi dado início à preocupação com os mecanismos adequados a promover a tutela de direitos coletivos e de direitos individuais homogêneos. Tal fato ocorre especialmente no âmbito de danos ambientais e consumerista, ante a dificuldade de proteção de direitos em larga escala.

Como bem destaca Mauro Cappelletti em sua clássica obra, ao se referir à segunda onda renovatória do Acesso à Justiça:

“A concepção tradicional de processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentados por particulares”.³

Seguindo esse raciocínio, continua o autor italiano:

“é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam “citados” individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos. A criação norte-americana da class-action, (...), permite que, em certas circunstâncias, uma ação vincule os membros ausentes de determinada classe, a despeito do fato de eles não terem tido qualquer informação prévia sobre o processo. Isso demonstra as dimensões surpreendentes dessa mudança no processo civil. A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos.”⁴

Diante de uma nova compreensão dos institutos da “legitimação ativa” e “coisa julgada” é que se desenvolvem, nos sistemas de Civil Law de uma maneira geral, legislações capazes de migrar da visão individualista do processo a uma nova concepção social, influenciadas pela class action.⁵

A partir de uma análise processual-histórica da origem da tutela coletiva no Direito brasileiro, identificam-se duas fases de alterações relevantes, que caracterizam mudanças na visão e utilização de determinados instrumentos processuais.

Como se sabe, originalmente, o Código de Processo Civil de 1973 não previu instrumentos para a tutela coletiva de direitos metaindividuais. Isso porque tratava-se um sistema moldado para atender a uma tutela jurisdicional voltada unicamente para lesões a direitos subjetivos individuais, em que as partes em litígio moviam suas

³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça. Traduzido por Ellen Gradie Northfleet. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 12*

⁴ *ibid*, p. 12

⁵ *ibid*, p. 50

demandas próprias, pleiteando interesses próprios. Nesse mesmo sentido, também não havia instrumentos capazes de tutelar conflitos no plano abstrato, tal como ocorre entre conflitos normativos, por exemplo.

A primeira fase, que trouxe inovações relevantes em âmbito processual, acabou por modificar em muitos aspectos o instituto da tutela coletiva, quando se trata de sua codificação e aplicação prática, a qual teve início em 1985. No sistema processual como um todo foi introduzida a ideia de que não cabia mais a simples proteção a conflitos individualizados, eis que não mais se mostravam suficientes para acompanhar e resguardar as mudanças sociais.

Era necessário, pois, que o processo civil não mais se limitasse à prestação jurisdicional nas modalidades clássicas, de maneira a responder às demandas e aos conflitos de uma sociedade como um todo, vista muitas vezes sob o ponto de vista coletivo, que clamava por decisões céleres e isonômicas para determinados grupos.

Nesse contexto, bem destacou o Ministro Teori Albino Zavascki em sua obra ao tratar da primeira fase:

“foi caracterizada pela introdução, no sistema, de instrumentos até então desconhecidos do direito positivo, destinados (a) a dar custo a demandas de natureza coletiva, (b) a tutelar direitos e interesses transindividuais, e (c) a tutelar, com mais amplitude, a própria ordem jurídica abstratamente considerada”.⁶

Surgem, portanto, diferentes instrumentos com fulcro de tutelar direitos e interesses transindividuais, assim compreendidos como “direitos cuja titularidade é subjetivamente indeterminada, já que pertencentes a grupos ou classes de pessoas”⁷. Ainda na primeira fase, a preocupação era com a elaboração de instrumentos que efetivassem a tutela não só dos direitos metaindividuais, como também, com a tutela coletiva de direitos subjetivos individuais.

A grande novidade aqui, quando em comparação ao sistema processual codificado, que apenas previa a tutela conjunta quando da utilização do litisconsórcio ativo, é que essas ações coletivas passaram a permitir, por meio da técnica de substituição processual, a referida tutela coletiva de interesses de grupos.

Relevantes marcos normativos para o tema foram a Lei de Ação Popular de 1965, a Lei de Ação Civil Pública de 1985, a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor de 1990.

A história moderna das ações coletivas no Brasil tem início com a promulgação da Lei de Ação Popular, em 1965, revelando-se importante instrumento de siste-

⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos – Tese de Doutorado*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 6a ed., 2014, p. 5

⁷ *ibid*, p. 6

matização de interesses coletivos em juízo, ainda que de forma tímida e voltada especialmente para o patrimônio público. O próprio conceito de “patrimônio público” era ainda restrito, tendo esse sido ampliado tão somente em 1977, para, então, abarcar o patrimônio imaterial, representado pela busca de garantia de bens e direitos como valor econômico, artístico, histórico ou turístico.

Visando ultrapassar o momento da “proteção taxativa de direitos massificados”⁸, entra em cena a Lei de Ação Civil Pública, de 1985, a qual fora promulgada ainda influenciada pela noção de fragmentariedade e taxatividade própria dessa fase evolutiva.

Implementando um sistema que ainda delimita em seu art. 1º um rol restrito dos interesses objeto de tutela, pode-se dizer que essa legislação até tinha a pretensão de dar um passo à frente, ao prever a expressão “outros interesses difusos” no aludido dispositivo, fugindo, então, dessa característica retrógrada que era a taxatividade.

Ocorre, porém, que, com a velha e desgastada justificativa de garantir a segurança jurídica, o então Presidente da República vetou a evolução constante do texto legislativo, firmando esse instrumento nessa fase fragmentária dos interesses transindividuais.

Somente com a Constituição de 1988 iniciou-se o momento de tutela jurídica integral, irrestrita e ampla, em que os direitos coletivos foram alçados à categoria de direitos fundamentais.

A Carta Magna também consagrou a legitimação das associações de classes e das entidades sindicais, para que estas promovessem em juízo a defesa de direitos e interesses dos respectivos associados e filiados, conforme dispõe seus artigos 5º, inc. XXI⁹ e art. 8º, inc. III¹⁰, potencializou a viabilidade da tutela coletiva de direitos individuais, por meio do Mandado de Segurança coletivo, bem como ampliou o âmbito de abrangência da Ação Popular.

Em âmbito concentrado, a Constituição de 1988 ampliou os legitimados ativos do rol do atual art. 103¹¹, conseqüentemente, ampliando o acesso ao sistema de tutela

8 ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Material Coletivo: Superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 422-428

9 XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

10 III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

11 Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V- o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

da ordem jurídica abstratamente considerada.

Outro instrumento protagonista da tutela dos interesses metaindividuais, o Código de Defesa do Consumidor não só trouxe expressamente a definição de interesses e direitos transindividuais, no parágrafo único de seu art. 81¹², como também dispôs acerca do procedimento de acesso à tais direitos, o qual foi complementado por legislação específica com o passar dos anos, compondo o microsistema de tutela coletiva.

Ainda segundo o saudoso Ministro¹³, a segunda fase, que teve início no final do séc. XX, ou “onda”, termo utilizado em clara alusão à clássica e influente obra de Mauro Cappelletti¹⁴, teve por fim o aperfeiçoamento e a ampliação dos mecanismos já existentes, aqueles desenvolvidos na primeira fase, de modo a aprimorá-los às necessidades dos novos tempos de uma sociedade com pressa.

Nesse ínterim, o ilustre Promotor de Justiça e autor Gregório Assagra de Almeida colaciona a seguinte ideia quanto à subsidiariedade do Código de Processo Civil, quando em comparação com o sistema de tutela coletiva:

“(…) o CPC, em razão de possuir um sistema processual voltado para a resolução de conflitos interindividuais, a sua aplicabilidade no microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum (CDC, parte processual, e LACP) é subsidiária limitada (art. 19 da LACP e art. 90 do CDC) e, assim, depende de dupla compatibilidade: formal e teleológica. Formal, no sentido de que o CPC somente tem aplicabilidade nas hipóteses de inexistência de normas específicas em sentido contrário no referido microsistema. Teleológica, no sentido de que o CPC somente tem aplicabilidade se não colocar em risco ou impedir a proteção dos interesses e direitos coletivos em sentido amplo.”¹⁵

Gradualmente, pode-se perceber que as reformas não só no Código de Processo Civil de 1973, como nas leis processuais extravagantes e no sistema processual de maneira geral, foram marcadas pela inserção de instrumentos capazes de

12 Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

13 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos – Tese de Doutorado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 6a ed., 2014, p. 5

14 “Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária: a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor, e o terceiro - e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enforque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gradie Northfleet. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998., p. 12

15 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Algumas considerações reflexivas*, Revista MPMG jurídico, Edição comemorativa de lançamento, ano I, Setembro 2005. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10177-10176-1-PB.pdf>. Acesso em 05/12/2016

atender tanto às clássicas demandas entre partes determinadas e identificadas, em lides individualizadas, como também aos mecanismos para a solução dos conflitos em sua dimensão coletiva.

Com a integração do sistema processual e a criação das referidas medidas judiciais, formou-se um microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum, composto de normas de superdireito processual coletivo, regras gerais do sistema jurídico brasileiro.¹⁶

O processo, como instrumento por meio do qual atua a jurisdição, deve ser visto, quando tratado em dimensão coletiva, como forma apropriada de tutela dos direitos metaindividuais.

Trata-se de uma forma revolucionária de ver o processo, até então tutelado tão somente no âmbito individual. Como bem dispõe Venturi, parte-se para uma iniciativa de representation of the unrepresented and underrepresented¹⁷, uma maneira de efetivar o devido processo legal aos grupos menos privilegiados.¹⁸

Tratando-se de uniformização do sistema, comumente na doutrina tem-se discutido a respeito da criação de uma legislação processual que dispusesse acerca dos instrumentos de acesso aos direitos coletivos em sentido lato.

Há quem diga que seria inócuo um projeto de código de processo coletivo, apesar dos esforços despendidos no anteprojeto de 2002. Estes aduzem ser impraticável compilar as leis existentes em uma só legislação, e ainda, que o processo coletivo não pode ser administrado de maneira completamente apartada do processo individual. Como já se viu, o grupo ou categoria de pessoas não perdem a opção de demandar individualmente em nome próprio, pelo simples fato de existir uma demanda coletiva em curso, devendo caminhar lado a lado as ideias de coletivo e individual.¹⁹

De outra banda, há aqueles favoráveis a uma legislação una, tais como Nelson Nery Jr., Hugo Nigro Mazzilli e Gregório Assagra de Almeida, os quais defendem ser uma maneira de dar espaço aos chamados “novos direitos”, uniformizando o microssistema atualmente esparsa e muitas vezes inclusive colidente, claramente insuficiente para as crescentes demandas sociais, sugerindo uma espécie de compilado coerente dos regramentos já existentes, como forma de democratização ao acesso à

16 *ibid.*

17 *Representação dos não representados e dos menos representados – Tradução nossa*

18 VENTURI, Elton. *Execução da Tutela Coletiva*. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 30 a 32

19 Nesse sentido, v. GRINOVER, Ada Pellegrini. O projeto de lei brasileira sobre processos coletivos. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 13, nº 1093, 25 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/257-artigos-nov-2013/6345-o-projeto-de-lei-brasileira-sobre-processos-coletivos>. A autora, inclusive, enumera dispositivos os quais considera colidentes. Veja-se: “Podem-se, assim, citar os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992; o artigo 2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 80, 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.”

justiça.²⁰

A doutrina de Gregório Assagra nos ensina ainda, em suas palavras:

“de nada adianta a criação de instrumentos poderosos, como as ações coletivas e a própria coisa julgada coletiva, se o instrumento formal existente de viabilização de uma e de outra não é capaz de dar efetividade a esses novos institutos, seja pela falta de princípios ou de regras interpretativas específicas, seja pela inexistência de estudos que desenvolvam a concepção de tutela jurisdicional coletiva por intermédio de método e objeto próprios.”²¹

Faz-se mister comentar, ainda, e em síntese, a relevância do Código de Processo Civil em vigor, publicado em 16.03.2015, já que o tema dos direitos coletivos lato sensu sofreu diversas críticas, mormente no que tange à perda da oportunidade de expressa normatização e sistematização do tema em espaço próprio no estatuto processual civilístico.

Para melhor atender às respostas aos conflitos de massas que tiveram cristalino aumento de incidência ao longo das últimas décadas, cabia ao Código de Processo Civil, que acaba de ser repaginado, abordar o tema de maneira eficiente, ante a falta de codificação específica.

Entretanto, limitou-se o novo código a (i) fazer referência ao microsistema composto pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, (ii) ampliar o alcance da suspensão dos processos no caso de arguições de relevância, de recursos extraordinários e especiais, passando a dispor agora no sentido de haver suspensão dos processos coletivos ou individuais, e não só dos recursos, como antes, e (iii) criar o instituto do incidente de demandas repetitivas.

De resto, o código vigente somente perpassou pelo tema da tutela coletiva, sem propriamente adentrar as minúcias deste. Por tal razão, todas as dúvidas que permeiam os processos coletivos continuam cabendo à doutrina e à jurisprudência, numa tentativa de seguir as leis esparsas sobre o tema, ante a falta de legislação própria e adequada.

Forte crítica à aludida omissão por parte dos legisladores do novo código pode ser extraída das palavras de Mazzili, veja-se:

“a decisão tomada pouco antes, de sequer envolver o processo coletivo no anteprojeto de CPC, deve ter parecido politicamente acertada aos juristas que, diante das dificuldades teóricas e práticas de viabilizar a tutela coletiva no novo CPC, tinham escolhido o caminho mais simples, de omitir sua disciplina. (...) Tivesse sido a nova codificação realmente vocacionada a dar à luz novo ordenamento processual ao País com vistas ao presente e ao futuro, te-

²⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Codificação ou não do processo coletivo? De Jure. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, vol. 7, 2006, p. 154 a 156; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 139 e 189

²¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo, Saraiva, 2003, p. 29

ria sido indispensável cuidar do processo coletivo – este a maior, talvez a única grande novidade nas últimas décadas no Direito brasileiro, desde o CPC de 1973. Se a tutela coletiva algum defeito tem, é justamente porque não mereceu ainda disciplina integral e harmônica com o processo civil, visando a objeto mais abrangente, pois ela sim é capaz de trazer real contribuição à tarefa hercúlea de democratizar e tornar efetivo o acesso à justiça.”²²

Fato é que o Código de Processo Civil de 2015 não adentrou matérias de suma relevância para o processo, o que, indiretamente, acaba por dificultar o acesso da coletividade à prestação jurisdicional, já que, com o tempo, as demandas sociais só tendem a aumentar. Aspectos pontuais como a vedação do acesso coletivo à jurisdição em certas matérias, a suspensão das ações individuais e a disciplina da coisa julgada coletiva deveriam ter sido melhor desenvolvidas na codificação em vigor.²³

Enfim, mesmo que não tenham sido suficientes as novidades trazidas pelo novo código, ainda subsistem, aliás, exclusivamente como normas de tutela dos direitos coletivos, fontes que compõem o microssistema de tutela destes. E, a despeito das críticas quanto à insuficiência do novo código processual para tratar das demandas coletivas, fato é que, diante desse cenário legislativo, a doutrina passou a trabalhar com a ideia de suficiência do microssistema, como normas de total integração e complementariedade, com regras e princípios próprios, aplicáveis uns aos outros de forma harmônica.²⁴

Diante da necessidade de se entender a real utilidade e, em seguida, questionar a efetividade das demandas coletivas, para, ao fim, discutir a relevância de instrumentos consensuais no direito brasileiro, importa distinguir alguns conceitos básicos que direcionam toda a análise seguinte referente à consensualidade. Daí porque passa-se, então, a discorrer acerca das espécies de interesse público para, em seguida, analisarem-se as características dos direitos objeto de tutela coletiva.

²² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 139

²³ Especialmente no que concerne ao aspecto procedimental da tutela desses direitos coletivos, a doutrina em geral aguardava com grandes expectativas que tais pontos fossem regulamentados pela codificação objeto de reforma. Em outras palavras, esperava-se fosse delimitado de forma clara em quais espécies procedimentais não seria interessante se valer do procedimento de tutela coletiva, por exemplo, em prol da celeridade. Ainda, no que toca ao regramento da suspensão (ou desistência em âmbito de mandado de segurança e de injunção) das demandas individuais, discutem-se questões referentes ao lapso temporal máximo, o que poderia ter sido regulamentado em espaço próprio de uma codificação processual moderna e adequada também para os litígios coletivos. Também se aguardava fosse a própria coisa julgada coletiva mais bem desenvolvida em âmbito processual, sendo certo que o art. 16 da Lei de Ação Civil Pública fora tema de discussão por décadas nos tribunais, mormente no que toca à limitação territorial de seus efeitos. Felizmente, tal questão parece ter sido recentemente encerrada com o julgamento pelo plenário do STF do RE no 1.101.937/SP.

²⁴ Aqui, há que se recordar que a Teoria dos Diálogos das Fontes é a base de todo o microssistema, influenciado pela era da descodificação do pós Segunda Guerra Mundial, que anunciava a ruptura com um modelo jurídico centrado nos Códigos, permitindo certa interação entre leis esparsas. No entanto, com o passar dos anos, o Código Civil de 2002 deu início a uma nova fase, qual seja, a da recodificação, a qual inicia os reclames por uma codificação também no âmbito processual coletivo.

Distinção: interesse público primário x interesse público secundário

A distinção ora proposta pode parecer ultrapassada. Não o é, haja vista a proposta do presente trabalho de se canalizar a discussão, ao fim, para a consensualidade no âmbito da Administração Pública, e a inegável preocupação com o patrimônio público. Necessário, pois, dar um passo atrás, para, em seguida, avançar.

O interesse público, em contraposição ao interesse privado, pode ser descrito, de forma objetiva, como o interesse da coletividade, uniformemente considerada. Em que pese o paulatino esvaziamento da referida diferenciação, certo é que a definição do interesse público ainda se faz relevante, visto que “qualquer ato administrativo que dele se desencontre será necessariamente inválido”²⁵. Não raro vê-se a invocação do termo “interesse público” para justificar a prática de atos por parte do Poder Público.

Apesar dessa posição, há quem defenda a ideia de que, tendo em vista que o interesse público nem sempre coincide com o interesse de uma coletividade inteira, a antiga distinção representada pela dicotomia público-privado vem perdendo sua relevância prática. É desse entendimento que se extrai a tese de que essa dicotomia deve ser superada para que se passe a discutir e valorizar uma nova perspectiva: interesse difuso-coletivo, i.e, um fenômeno não redutível nem ao público nem ao privado.²⁶ Deve-se reconhecer que normalmente essa fórmula público-privado não é sincera, contribuindo para disfarçar a perseguição de parte do Estado e de grupos ao legado dos interesses particulares.²⁷

Entretanto, discute-se o fato de o interesse público, apesar de ser o interesse do todo, muitas vezes não ser o melhor para ambas as partes em litígio. É claro o fato de que, o interesse particular atrelado às conveniências de cada um, individualmente considerado e com interesses próprios, nem sempre estará em consonância com aquele de uma coletividade maior.

Sabendo-se que deve ser mitigada a visão de “interesse privado X interesse público”
²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 32a ed., 2014, p. 59

²⁶ A ideia de superação indiscutível da tradicional dicotomia entre interesse público e privado, o qual abre campo para a discussão mais moderna referente ao direito coletivo-individual pode ser extraída do seguinte trecho da obra de Antonio Gambaro, verbis: “L’interesse pubblico, cui è per definizione e per tradizione preposta la pubblica amministrazione, non sempre e non necessariamente coincide con l’interesse dell’intera collettività all’interno dello Stato-comunità. Se così fosse, la dicotomia pubblico-privato avrebbe ancora un valore: mentre, per capire la realtà che ci circonda e la sua evoluzione, è necessario superare tale dicotomia e parlare (...) anche di interessi diffusi e collettivi, cioè di un fenomeno non riducibile né al pubblico né al privato così sono tradizionalmente insti. Gli interessi diffusi non appartengono a singoli individui o soggetti, ma a gruppi, classi, categorie di soggetti: in questo senso superano la tradizionale categoria dell’interesse privato.”. Tradução livre: “O interesse público, o qual é por definição e por tradição pressuposto da administração, nem sempre e não necessariamente coincide com o interesse de toda a coletividade dentro do Estado-Comunidade. Se fosse assim, a dicotomia público-privado teria ainda um valor: enquanto para entender a realidade que circunda e a evolução, é necessário superar tal dicotomia e falar (...) também de interesses difusos e coletivos, isto é, de um fenômeno não redutível somente ao público ou somente ao privado. Os interesses difusos não pertencem a um único indivíduo ou sujeito, mas à grupos, classes, categorias de sujeitos: nesse sentido, superam a tradicional categoria de interesse privado.”

²⁷ GAMBARO, Antonio. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano, A. Giuffrè Editore, 1976, p. 97

resse público”, fruto de uma visão muitas vezes “maniqueísta”, e percebendo-se que não há óbice em associar que interesses públicos são suscetíveis de serem defendidos por particulares, não se pode concluir, no entanto, que todo e qualquer interesse estatal seria também e, necessariamente, um interesse público.

Dessa forma, o Estado, em suas variadas formas de atuação sobre a sociedade, como responsável por atividades legislativas, administrativas e jurisdicionais, deve exercer tal encargo de modo a invocar o interesse de todos.

Ocorre que, ao assim proceder, como bem distinguiu o autor italiano considerado referência no assunto, Renato Alessi, é comum que este se depare com um conflito entre o interesse próprio do Estado (e.g, tributar ou punir) e o interesse do cidadão de uma maneira geral, sendo certo que “os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos.”²⁸

A doutrina do ilustre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello melhor distingue os institutos ao trazer que o interesse público primário coincide com a realização de políticas públicas voltadas para o bem estar social, satisfazendo o interesse da sociedade, de um todo social. Este justifica, segundo o autor, o regime jurídico administrativo e pode ser compreendido como o próprio interesse social, o interesse da coletividade como um todo. Afirma, ainda, que os interesses primários estão ligados aos objetivos do Estado, que não são interesses ligados a escolhas de mera conveniência de Governo, mas sim determinações que emanam do texto constitucional, notadamente do art. 3^o²⁹ da Constituição Federal.

Já o interesse público secundário decorreria do fato de que o Estado também é uma pessoa jurídica que pode ter interesses próprios. Nas palavras de Celso Antônio, “O Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais.”³⁰ Estes interesses existem e devem conviver no contexto dos demais interesses individuais. Via de regra, o interesse secundário teria cunho patrimonial, tal como o pagamento de valor ínfimo em desapropriações, como representação de interesse direto da Administração em diminuir o custo com o procedimento expropriatório.

Com efeito, percebe-se que a distinção entre os dois interesses, primário e secundário, encontra-se muito bem delimitada na teoria, o que facilita também sua

28 ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano*. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1960, p. 197 e notas de rodapé 3 e 4. apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 32a ed., 2014, p. 57

29 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

30 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 32a ed., 2014, p. 65-67

identificação prática. Diante disso, é possível diferenciar os direitos a serem tutelados quando o tema é o interesse da coletividade. O que não pode ser confundido, repisa-se, é que a defesa de um interesse particular afetado possa também ser um interesse público, por ser de interesse geral que este seja defendido, e nem por isso perde sua característica de interesse da coletividade.

Visto isso, importa destacar o conceito do patrimônio público, que, de acordo com a Lei 4.717/65, é o conjunto de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, sem se olvidar que nesse conceito insere-se também o patrimônio moral dos entes públicos³¹.

É nesse contexto de destaque e defesa ao patrimônio público que se insere a tutela dos direitos metaindividuais, porquanto representativos dos interesses da coletividade, sejam eles materiais ou imateriais. Vejamos o esclarecimento trazidos por Fernando Rodrigues Martins acerca dos conceitos ora trabalhados, verbis:

“De considerar, ainda, a ideia de que o patrimônio público não pode ser compreendido apenas do ponto de vista material, econômico e palpável. O patrimônio público espelha todo tipo de situação em que a Administração Pública estiver envolvida, desde a mais módica prestação de serviço típica até os bens que fazem parte de seu acervo dominial. Com efeito, e como veremos adiante, a própria moral da Administração Pública constitui patrimônio a ser resguardado por todos os membros da sociedade, sob pena da completa submissão dos valores rígidos de honestidade e probidade às práticas vezeiras de corrupção, enriquecimento ilícito, concussão e prevaricação. Tudo isso a gerar desconfiância dos administrados em face dos administradores e, se não, o pior – difundir ilicitude como meio usual nas multifárias relações entre os particulares, já que o mau exemplo dos administradores autorizaria, em tese, o desmantelamento dos critérios de lisura”.

Nessa perspectiva, e de acordo com a conclusão a quem chegam os ilustres autores Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., ao conceito de ações coletivas para tutela de direitos difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos no Brasil deve imperativamente aderir este novo elemento: a ação coletiva precisa caracterizar-se como um processo de interesse público primário.³²

Pois bem. Foi a partir dessa ideia de interesses, concepções de titulação de direitos marcados pelo alto índice de segregação e atomização, os quais se preocupam com a tutela do todo em detrimento da tutela individual, que ganham brilho os direitos metaindividuais, os quais serão objeto de análise mais minuciosa a seguir.

31 GARCIA, Emerson. Alves, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo, Saraiva, 7a ed., 2014, p. 737

32 DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil - v. 4: processo coletivo*. Salvador, Juspodium, 14a ed., 2020, p. 66-67

Características dos interesses coletivos lato sensu

Antes de passar-se à análise das diferentes espécies de direitos metaindividuais no Direito brasileiro, vale comentar três polêmicas que surgem quanto à terminologia das expressões utilizadas com frequência no tema.

A primeira discussão permeia a diferença entre as expressões “interesses” e “direitos” coletivos, haja vista a confusão terminológica entre os termos. Para Hugo Nigro Mazzilli, apesar de sutil, a distinção está no fato de que o termo “interesse” deve ser usado como mera pretensão, enquanto o termo “direito” deve ser usado como uma pretensão amparada pela ordem jurídica³³.

Já para o processualista Nelson Nery Júnior³⁴, tal polêmica perdeu o objeto após o advento do Código de Defesa do Consumidor. Apesar de não ser papel do legislador trazer a conceituação dos institutos, como foi feito na Lei 8.078/90, o estatuto consumerista claramente utilizou-se dos termos “interesse” e “direito” de maneira indistinta, pelo que não deve a doutrina iniciar correntes para diferenciá-los. No presente trabalho, far-se-á uso de ambos os termos como sinônimos, em consonância com o pensamento da doutrina ora mencionada.

A segunda polêmica terminológica surge com os diferentes termos apresentados pelos principais autores que dispõem sobre o assunto em exame. A doutrina de Hugo Nigro Mazzilli julga importante fazer, a priori, uma análise dos termos interesses “transindividuais” e “metaindividuais”. Adortar-se-á, no presente trabalho, a posição do referido autor, a qual está em consonância com a doutrina que vem utilizando-se de tais termos de maneira indistinta, isto é, como sinônimos, sempre com o sentido de fazer referência à interesses de grupos ou interesses coletivos lato sensu.

Por fim, a terceira polêmica recai sob a terminologia e abrangência da expressão “ação coletiva”, principalmente quando comparada a expressão “ação civil pública”.

A doutrina de Mazzilli considera a ação civil pública como espécie de ação coletiva, tal como considera também o mandado de segurança coletivo e ação popular. Ainda assim, faz uma distinção quando é movida pelo Ministério Público a ação em defesa dos interesses transindividuais, caso em que denomina ação civil pública, e quando proposta por associações civis, caso em que prefere chamar ação coletiva.³⁵

Já a doutrina do saudoso professor Teori Albino Zavascki utiliza, no decorrer

33 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 55

34 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 14a ed., 2014, p. 1327

35 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 74

de sua obra relativa ao tema, o termo “ação civil pública” para tratar de direitos difusos e coletivos stricto sensu, os quais são tutelados pela Lei da Ação Civil Pública, enquanto a expressão “ação coletiva” é usada para fazer referência a tutela de direitos individuais homogêneos, tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor.³⁶

O presente trabalho filia-se ao entendimento do ilustre processualista Daniel Assumpção, o qual entende não ter relevância prática a aludida distinção, apesar de respeitar a divergência doutrinária claramente existente. Assim dispôs o autor em sua obra, verbis:

“Chamar ou não a ação regulada pela Lei 8.429/1992 de ação civil pública é formalidade que não muda a realidade, ou seja, trata-se de uma ação coletiva que visa à tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa regida pela Lei 8.429/1992, subsidiariamente pelo microsistema coletivo, e residualmente pelo Código de Processo Civil. Da mesma forma ocorre com o nome da ação pela qual se busca a tutela do patrimônio público, movida por cidadão (ação popular), e a ação de procedimento documental sumarizado pela qual se impugna violação ou ameaça de violação a direito coletivo ou individual homogêneo líquido e certo (mandado de segurança coletivo). O nome, realmente, pouco importa, mas a distinção terminológica serve para destacar as diferenças entre as espécies de direito material tutelado e algumas especificidades procedimentais existentes para a tutela dos direitos protegidos pelo microsistema coletivo.”³⁷

Em breve síntese, pode-se dizer que são características dos processos coletivos (i) a controvérsia a respeito de interesses ou lesões a grupos, classes ou categorias de pessoas, (ii) a frequente conflituosidade entre os próprios grupos envolvidos, chamados interesses macrossociais, (iii) a legitimação extraordinária, (iv) o pedido ser comumente formulado em proveito de um grupo, classe ou categoria de lesados, (v) a destinação do produto da indenização não raro ser dada de maneira especial, podendo ser repartida entre seus integrantes ou destinada a um fundo fluido, a depender do direito tutelado, (vi) os efeitos da decisão eventualmente ultrapassarem os limites das partes processuais – gerando coisa julgada erga omnes ou ultra partes, (vii) a preponderância dos princípios da economia processual e isonomia entre os lesados, de forma a gerar maior credibilidade ao instituto, em contraposição ao acesso individual, que muitas vezes acaba ocasionando insegurança jurídica às partes interessadas.³⁸

Por estarem situados, de certa forma, entre o interesse público e o interesse privado, e por excederem o âmbito estritamente individual é que se faz mister identificar o direito material a ser tutelado, com fulcro de utilizar-se corretamente dos instrumentos disponíveis, assegurando sua proteção adequada.³⁹

36 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos – Tese de Doutorado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 6a ed., 2014, p. 57 e 58

37 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. Rio de Janeiro, Jus podium, 3a ed., 2016, p. 76 e 77

38 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 51-53

39 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 50

De início, quando se considerava relativamente recente a criação desses mecanismos processuais capazes de, de uma só vez, solucionar problemas de uma coletividade, criou-se um ânimo e esperança exacerbados de que tais instrumentos seriam a solução para todo e qualquer tipo de pleito que envolvesse um grupo de pessoas. Ocorre que, esse entusiasmo é capaz de levar a uma confusão prática quando da correta aplicação de todos esses mecanismos processuais.

Segundo Zavascki, uma das principais causas dos equívocos nesse novo domínio processual foi a de confundir “direito coletivo” com “defesa coletiva de direitos”. Isso acaba por gerar como consequência, segundo o autor, a possibilidade de se imaginar possível conferir aos direitos subjetivos individuais o mesmo tratamento que se dá aos direitos de natureza transindividual, em casos em que são tutelados coletivamente.⁴⁰

Apesar de não ser viável a confusão do ponto de vista teórico entre direitos individuais homogêneos, direitos coletivos *stricto sensu* e direito difusos, como se verá mais adiante, todos vêm sendo classificados como direitos metaindividuais, como se semelhantes fossem, principalmente após o Código de Defesa do Consumidor.

Ainda assim, nem sempre a teoria se amolda perfeitamente à prática. No caso concreto, a confusão conceitual e de subsunção pode ser inclusive comum, quando há situações jurídicas heterônomas. Dessa forma, a depender da circunstância fática, pode ser que estejam envolvidos, por exemplo, direitos individuais homogêneos a título reparatório, mas direitos difusos quando se pretende fazer cessar determinada lesão.⁴¹

Logo, percebe-se que para a adequada utilização do instrumento processual da tutela coletiva faz-se mister a compreensão e identificação do direito material a ser tutelado, sendo, portanto, de extrema importância a diferenciação entre as referidas espécies. Isso porque cada espécie é pautada em diferentes graus de coletivização, correspondendo, dessa maneira, a parâmetros diferentes.

Distinção: direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos

Os direitos difusos são conhecidos como a mais ampla síntese dos interesses de uma coletividade⁴² por terem a indivisibilidade como característica principal, sendo uma circunstância fática a origem de tal direito coletivo. A indeterminabilidade das pessoas lesadas também é relevante caracterizador de tal direito.

40 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos – Tese de Doutorado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 6a ed., 2014, p. 24

41 *ibid*, p. 33

42 ROCHA, Ibraim José das Mercês. *Ação civil pública e o processo do trabalho*. São Paulo, Ltr, 2a ed., 2001, p. 32

O Código de Defesa do Consumidor, no parágrafo único de seu art. 81, conceitua-os como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. A doutrina critica a expressão “indeterminadas”, ao mencionar que melhor seria trazer a adequada definição de serem tais pessoas indetermináveis.

A importância prática da correta identificação acerca desse interesse está principalmente relacionada ao objeto e ao êxito da demanda. Isso porque sabendo-se que o objeto é indivisível, quanto ao êxito, em eventual hipótese indenizatória, não há que se falar em repartição entre os lesados, sendo certo que os mesmos são indetermináveis.

Clássicos exemplos são casos de acidentes ambientais, tais como o recente caso de Mariana, ocorrido em 2015, envolvendo uma grande mineradora, e causando dano inestimado ao meio ambiente, ou, então, de propagandas enganosas, as quais não se consegue identificar os expectadores e eventuais consumidores.

Quando se trata de direitos coletivos, faz-se mister esclarecer que, quando compreendidos em sentido lato, são equiparáveis a direitos metaindividuais, ou transindividuais, abarcando, portanto, os difusos, os individuais homogêneos e os coletivos em sentido estrito. É esse o sentido utilizado, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor e em certos dispositivos da própria Carta Magna⁴³.

Já quanto à sua aceção mais restrita, o conceito admitido pelo Código de Defesa do Consumidor, também acolhido pela lei do Mandado de Segurança é que “são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação jurídica básica comum”⁴⁴. Por “relação jurídica básica”, a doutrina majoritária entende que, apesar de ser uma situação fática que une os indivíduos que passam a ser titulares desses interesses coletivos em sentido estrito, o que de fato os une é a relação jurídica viciada.

Em âmbito subjetivo, é característica fundamental serem os lesados determinados ou, ao menos, determináveis, o que aproxima esse tipo de interesse dos interesses individuais homogêneos. Apesar da determinabilidade dos sujeitos, quanto ao objeto, há aproximação da modalidade anteriormente estudada no sentido de ser este indivisível.

Por fim, quanto aos individuais homogêneos, o parágrafo único do art. 81, em seu inciso III, do Código de Defesa do Consumidor conceitua essa modalidade de interesse como “aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou

⁴³ art. 129, III, CF - Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

⁴⁴ Lei 12.016/09 e Lei 8.078/90

determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato”.

Ressalta-se que, nesse ponto, a Lei do Mandado de Segurança não manteve exatamente a mesma conceituação. O parágrafo único do artigo 21, em seu inciso segundo, dispõe que “os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante do mandado de segurança.”

Também conhecidos como “acidentalmente coletivos”, os direitos individuais homogêneos têm como característica diferenciadora das demais modalidades de interesse o objeto, que, tendo titulares determinados ou determináveis (em semelhança ao direito coletivo em sentido estrito), poderão ser divisíveis, por ser mensurável o dano causado a cada um dos lesados, em situação de origem comum.

Em termos processuais, percebe-se que tão somente os direitos coletivos *stricto sensu* é que têm a relação jurídica questionada no próprio objeto da ação coletiva, já que, tratando-se de direitos difusos e individuais homogêneos, tal relação é questionada como causa de pedir.⁴⁵

A partir da consolidação do estudo dos direitos transindividuais e suas ferramentas de aplicação, pode-se agora avançar para a compreensão da importância de que esse sistema avance no sentido da cooperação e da consensualidade, como forma de melhor tutelar interesses coletivos, que resguardam, por fim, o patrimônio público.

CONSENSUALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Princípios e legislação que compõem o microsistema: necessário influxo da consensualidade

Já em seu preâmbulo, a Carta Magna de 1988 propunha o compromisso do Brasil com a solução pacífica dos conflitos, na ordem interna e internacional. No que toca à base principiológica, o art. 4º, inc. VII da Constituição caminha nesse exato sentido, ao orientar a atuação do Estado brasileiro, na ordem internacional – e por que não, também na ordem interna? – à solução pacífica dos conflitos.

Isso sem mencionar a obviedade que permeia a necessidade de se respeitarem os princípios constitucionais da eficiência, da economicidade, da moralidade, dentre outros, os quais formam esse influxo de consensualidade que se mostra ten-

45 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 57

dencial nos últimos anos na relação Administração Pública-Particular verificada no ordenamento jurídico como um todo.

Os princípios relacionados ao tema, como vetores interpretativos que são, fazem-se relevantes para que se possa compreender a maneira adequada de tutelar e ressarcir os interesses metaindividuais.

Cabe destacar, por oportuno, especificamente na seara transindividual, o que Elton Venturi chamou de princípio da “absoluta instrumentalidade na tutela coletiva dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos”. Baseia-se, para tanto, no art. 83⁴⁶ do Código de Defesa do Consumidor, não se tratando, pois, de princípio vazio.

Sendo assim, tal princípio seria uma forma de garantir que, independentemente do instrumento processual utilizado, seja possível realizar o escopo jurídico, qual seja, a tutela de direitos transindividuais. Significa dizer que tanto os legitimados para a propositura de processos coletivos quanto o Poder Judiciário devem atuar no sentido de obter o máximo aproveitamento para se satisfazer o fim pretendido.⁴⁷

Outro exemplo nesse campo de influência seria o princípio da “efetiva prevenção e reparação dos danos causados aos direitos transindividuais”. Ainda segundo Venturi, a tutela preventiva perpassa pelo caráter insuficiente da tutela reparatória, especialmente quando se trata de direitos coletivos lato sensu.

Fato é que, como anteriormente se examinou, nem sempre uma decisão que estipule sanção meramente financeira com fins reparatórios cumpre seu papel. Como se sabe, não raro o réu de uma ação coletiva (seja ele uma cooperativa, uma grande sociedade, ou, ainda um servidor público) acaba não sendo afetado relevantemente sob o aspecto econômico a ponto de fazer valer uma alteração comportamental que o faça evitar novas práticas lesivas.

Ademais, muitas vezes a reparação econômica não é suficiente para suprir a perda, eis que o patrimônio público é, via de regra, irrecuperável do ponto de vista cultural, emocional e temporal, sendo quase impossível retornar efetivamente ao status quo ante. Dessa maneira, por ser muitas vezes inócua qualquer tipo de recompensa meramente financeira, pode-se perceber que a tutela preventiva passa a ganhar força, em detrimento da repressiva, em muitos casos.⁴⁸

Outro princípio inerente à tutela de direitos coletivos lato sensu é o princípio

46 Art. 83 – Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

47 VENTURI, Elton. *Execução da Tutela Coletiva*. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 76 e 77

48 MOREIRA, José Carlos Barbosa (1987) *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*. apud VENTURI, Elton. *Execução da Tutela Coletiva*. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 71

da “maior coincidência entre o direito e sua realização”, denominação sugerida por Barbosa Moreira, ao dispor que “o processo funciona tanto melhor quanto mais se aproximar o resultado prático daquele que levaria a atuação espontânea do direito”.

As palavras do referido autor, quando trata do princípio em tela, fazem alusão ao aspecto da compatibilidade entre o direito violado e a forma de ressarcir-lo. É, pois, como menciona Elton Venturi, citando o italiano Mandrioli⁴⁹, uma questão de utilidade específica, sob a qual recai uma restauração direta, tendente a reconstituir a situação jurídica anterior, e utilidade genérica, podendo esta ter ressarcimento economicamente mensurável, ou seja, restauração indireta de cunho patrimonial.⁵⁰

Depreende-se, portanto, que os referidos princípios não são meramente retóricos, mas uma regra dirigida aos aplicadores do Direito, que têm o poder-dever de atuar concretamente, com o escopo de fazer valer o ressarcimento proporcional de eventual dano coletivo, não somente no âmbito econômico.

Em termos de tutela dos direitos transindividuais, conforme já analisado, há diversas peculiaridades que perpassam pela garantia de efetiva proteção desses direitos coletivos no âmbito processual, tais como a legitimidade, a coisa julgada, a competência.

É sabido que a tutela dos direitos coletivos lato sensu, por serem materialmente distintos, como analisado anteriormente, também pressupõe instrumentos processuais diferentes para postulá-los em juízo.⁵¹ Sendo assim, identifica-se em nosso sistema processual, essa espécie de microssistema que delimita esses diferentes mecanismos de tutela de direitos transindividuais.

O mestre Teori Zavascki, por fazer parte da corrente doutrinária que não admite chamar os direitos individuais homogêneos de direitos metaindividuais, distinguindo-os dos coletivos stricto sensu e dos difusos, apresenta dois grupos de instrumentos para tutelar esses interesses: as ações civis públicas e ações populares, esse primeiro grupo de instrumentos formados para tutelar direitos coletivos lato sensu; e as ações coletivas, estando o mandado de segurança coletivo nelas incluído, que, por sua vez, tutelam coletivamente direitos subjetivos individuais.⁵²

Como visto, por vigorar no Brasil o sistema de jurisdição única, cabe ao Poder Judiciário o controle da legitimidade dos comportamentos da Administração Pú-

49 VENTURI, Elton. *Execução da Tutela Coletiva*. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 84, citando MANDRIOLI, Crisanto. *L'escuzione forzata in forma specifica* – pg. 7 e ss

50 VENTURI, Elton. *Execução da Tutela Coletiva*. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 83, citando MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais*, Revista de Processo, Ed. RT, São Paulo – pg. 41 a 152

51 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos* – Tese de Doutorado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 6a ed., 2014, p. 43

52 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos* – Tese de Doutorado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 6a ed., 2014, pg. 25 a 29 e p. 44 a 45

blica, anulando suas condutas ilegítimas, direcionando àquelas obrigatórias e, sendo o caso, condenando à eventual indenização, proporcional ao dano.⁵³ Por tal motivo, vê-se que a legislação pátria apresenta um amplo leque de instrumentos voltados à tutela dos interesses coletivos, os quais compõem o mencionado microssistema.

A despeito dessa vasta regulamentação, bem como de base principiológica direcionada aos direitos transindividuais, a litigiosidade não responde com eficiência as necessidades imediatas. Por sua vez, fazendo-se uso do modelo cooperativo, tais questões podem ser respondidas com base na consensualidade.

É nesse contexto de preocupações e prioridades que, utilizando-se de expressão usada pelo Desembargador do TRF da 1ª Região, João Batista Gomes Moreira, pode-se dizer que o país caminha paulatinamente “da rigidez autoritária à flexibilidade democrática”.⁵⁴

Nessa perspectiva, é também a lição do magistrado e professor Fernando Gajardoni em artigo recentemente publicado acerca do tema, em que analisa as legislações de forma cronológica para marcar essa tendência de consensualidade ora comentada:

O incentivo ao uso de meios consensuais de solução dos conflitos, inclusive no âmbito penal, é uma das tendências observadas no Direito Processual brasileiro nos últimos anos. Desde a lei 9.099/95, que disciplinara os instrumentos de composição civil dos danos (art.72), transação penal (art. 76) e suspensão do processo (art. 89); passando pela lei 12.850/2013, que tratou da colaboração premiada (art. 3º, I); e chegando ao acordo de leniência em tema de corrupção empresarial (art. 16 da lei 12.846/2013); bem se vê uma lenta, mas contínua evolução do direito processual, em admitir, mesmo nos processos sancionatórios e com enorme carga de interesse público/coletivo, a possibilidade de as partes legitimadas, dentro de certos parâmetros, tomarem dos ofensores da lei o compromisso de reparação do dano, eventualmente com a incidência de alguma(s) sanção(ões).⁵⁵

Depreende-se, portanto, desse amplo leque normativo eleito pelo legislador, que o ordenamento jurídico brasileiro parece, historicamente, caminhar numa mesma direção, voltada ao consensualismo.

Nova estratégia para os velhos problemas

A antiga resistência à transação no âmbito do Direito Administrativo sempre esteve pautada na ideia de que não se transige com aquilo que não se pode dispor. Sabe-se, no entanto, que essa máxima vem perdendo força, permitindo-se a convergência de vontades em prol de um objetivo comum, ainda que nessa seara.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 32a ed., 2014, p. 974

⁵⁴ Moreira, João Batista Gomes - *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*, 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁵⁵ GAJARDONI, Fernando. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>. Acesso em 27/01/2021.

Nas palavras do professor Emerson Garcia, in verbis:

“Contribui para harmonizar e pacificar as relações sociais; atenua a intensa tensão dialética entre os referenciais de lícito e ilícito; acarreta a redução de custos, inerentes à longa tramitação de certas relações processuais, administrativas ou judiciais; e tende a aumentar os índices de satisfação dos envolvidos, que ganham em certeza e celeridade, em patamares sensivelmente superiores àqueles que obteriam ao fim da relação processual.

(...)

O reconhecimento da consensualidade no direito sancionador tende a ser extremamente útil ao Poder Público. Além de ser uma alternativa à investigação direta, nem sempre exitosa, é importante frisar, estimula o retorno do infrator ao plano da juridicidade, abrevia o curso do processo sancionador e, a depender das características que sejam atribuídas ao instituto, coloca em permanente risco aqueles que pratiquem os ilícitos em grupo, já que um dos infratores pode sempre decidir colaborar com as autoridades. É, portanto, um “elemento desestabilizador” da ilicitude.”⁵⁶

Dadas as vantagens, em especial o “elemento desestabilizador da ilicitude” mencionado, adotou-se no Brasil, ainda sob o aspecto do direito sancionador, um modelo híbrido em que a transação não é livre de sanção, mas, ao revés, está diretamente relacionada à ideia de submissão.

Sendo assim, nesse cenário de consensualidade, a busca é por manter um equilíbrio entre os interesses dos participantes: de um lado, os infratores, os quais se comprometem tomando por base o interesse de obterem sanções mais brandas, quando comparadas àquelas possivelmente fixadas em uma relação processual, e, de outro, o Estado, o qual não necessita dispor de seus bens jurídicos para, em tempo satisfatório, alcançar os efeitos da responsabilização e recomposição (ou tentativa) do status quo.

Como se verá mais detalhadamente adiante, a recente introdução do art. 28-A no Código de Processo Penal brasileiro, prevendo o acordo de não persecução penal (ANPP), e o art. 17, §1º na Lei de Improbidade Administrativa pelo conhecido Pacote Anticrime (Lei no 13.964/19), dispendo sobre o acordo de não persecução cível (ANPC), representou a positivação de institutos que podem, com o passar dos anos e dependendo da maneira que for empregada pelos órgãos públicos, conquistar posição de destaque no tema da consensualidade no ordenamento jurídico, mormente no que concerne à tutela do patrimônio público, e, notadamente, no âmbito da improbidade administrativa.

56 GARCIA, Emerson. Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 66, out./dez. 2017

TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

Aspectos gerais da consensualidade no direito brasileiro contemporâneo

Conforme visto, a consensualidade vem ganhando espaço no direito pátrio, tanto no âmbito criminal como extrapenal.

No campo criminal, historicamente, houve certa resistência em se admitir a justiça consensual, principalmente por conta do apego a princípios estruturantes do nosso sistema, tais como a obrigatoriedade e a indisponibilidade. Atualmente, no entanto, a justiça consensual atua resguardada pela própria legislação processual penal.

Exemplo desse estímulo pela cooperação e resolução consensual na esfera penal é a composição civil dos danos, instrumento que interfere no próprio prosseguimento da persecução penal, atrelado à renúncia da vítima ao direito de queixa ou de representação, em prol da reparação do dano.

Mas não é só. Outros institutos previstos na Lei no 9.099/95, tal qual a transação penal e a suspensão condicional do processo, proporcionam esse diálogo infrator-Estado-vítima, com escopo de garantir a mais célere solução para ilícitos de menor potencial ofensivo, com os quais o cárcere nem de perto parece ser proporcional.

Ademais, o acordo de não-persecução penal, outrora regulamentado pela Resolução no 181/2017 do CNMP, atualmente introduzido no Código de Processo Penal pela Lei no 13.964/19 (Pacote Anticrime), também representa um negócio jurídico de natureza extrajudicial, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso.

Isso tudo sem mencionar a proliferação de acordos de colaboração premiada, pautados na Lei no 12.850/13, usados para a solução consensual envolvendo os mais diversos ilícitos comandados por organizações criminosas.

Disciplinas específicas acerca da consensualidade são ainda encontradas nos seguintes diplomas penais: Lei nº 8.072/1990, Lei nº 9.080/1995, que incluiu um §2º no art. 25 da Lei nº 7.492/1986, diploma este que versa sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional, e um parágrafo único, de conteúdo idêntico, no art. 16 da Lei nº 8.137/1990, que trata dos crimes contra a ordem tributária, Lei nº 9.613/1998, Lei nº 11.343/2006, entre outros. A maioria dos instrumentos sequer causam reflexos na culpabilidade do investigado, o que é, sem dúvida, benefício demasiado positivo para o infrator.

Não seria diferente o caminho na esfera extrapenal. É como ensina a doutrina de Landolfo Andrade. Veja-se:

“A complexidade e a sofisticação dos ilícitos cotidianos, as dificuldades e os custos referentes à investigação de tais infrações pelo Estado, a necessidade de se promover, com maior eficácia, a defesa da ordem jurídica e do interesse público primário (como combate à corrupção, a proteção da concorrência, etc.) e o anseio popular por uma máquina administrativa mais eficiente são algumas das razões a justificar a construção de uma cultura utilitarista de cooperação, diálogo e consenso no âmbito do poder sancionador estatal.”⁵⁷

Somente a título de exemplo, o acordo de leniência vem sendo muito útil à Administração, e conseqüentemente, à sociedade, na tutela do patrimônio público. Trata-se de ajuste que integra o processo administrativo sancionador, celebrado entre o Poder Público e um infrator que se propõe a colaborar com a Administração Pública na execução de suas tarefas instrutórias, viabilizando, dessa forma, tanto a identificação de outros infratores como a comprovação da materialidade da infração, e tendo por contrapartida a liberação ou diminuição das penalidades que seriam a ele impostas com base nos mesmos fatos.

A Lei no 12.846/13 (Lei Anticorrupção Empresarial - LAE) tem disposição expressa no sentido de que a aplicação das sanções administrativas não exclui a obrigação de reparação integral do dano causado, conforme se verifica do art. 6º, p. 3º do mencionado diploma legislativo. E mais, prevê ainda a possibilidade de instauração de processo administrativo específico para uma espécie de liquidação do dano em seu artigo 13, resguardando a intenção da Administração de se ver ressarcida na integralidade.

É essa uma forte característica da LAE, qual seja, a busca pela preservação do patrimônio público em sua concepção mais ampla, e abarcando, inclusive, o patrimônio público estrangeiro como objeto de tutela.

Ressalta-se que o programa de leniência também consta da Lei do CADE (Lei no 12.529/11), o qual abarca não só crimes contra a ordem econômica, mas também aqueles referentes à lei de licitações e art. 288 do Código Penal, tais como a prática de cartéis. O acordo produz, portanto, ambos os efeitos, penais⁵⁸ e administrativos.

Diferenciando as espécies de consensualidade, o professor Emerson Garcia ensina que a consensualidade por colaboração não se confunde com a consensualidade por pura reprimenda. Enquanto aquela é caracterizada pela obtenção de um benefício em razão do fornecimento de informações úteis ao Poder Público na realização dos fins previstos em lei, esta se verifica quando o autor aceita a imediata oposição de uma restrição em sua esfera jurídica, não sendo necessário que ofereça informações úteis.

⁵⁷ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber Rogério; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos: esquematizado* – Vol. II, 7. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 844

⁵⁸ A constitucionalidade de acordo que transfere à autoridade administrativa a possibilidade de transacionar de forma a extinguir a punibilidade de uma infração penal é, por afronta ao art. 129, inc. I, da CF/88, questionada pela doutrina.

Tema que vem sendo fortalecido pela própria iniciativa legislativa recente diz respeito à ação de improbidade administrativa, a qual sempre fora objeto de polêmica quando o assunto é consensualidade, diante da perspectiva de indisponibilidade do interesse público. Apesar das controvérsias existentes, é certo que a matéria afeta toda a coletividade, que sofre diretamente com os atos lesivos ao erário e à boa administração.

Proibição administrativa como interesse difuso

Adentrando o tema da defesa da proibição administrativa, a qual está umbilicalmente ligada à tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, importa destacar o novo protagonista da consensualidade: o acordo de não persecução cível.

Antes do mais, esclarece-se que a doutrina amplamente majoritária considera que a tutela da proibição administrativa tem dimensão difusa, sendo, pois, sua natureza transindividual marcada por características como a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto e o fator de agregação desses sujeitos (conforme trabalhado no subtópico 1.2).⁵⁹

No entanto, não se ignora que há vozes em sentido contrário. Entende Mazzilli que a tutela da proibição administrativa não está relacionada ao interesse transindividual, mas ao interesse público primário, ao bem geral da coletividade.⁶⁰ Por sua vez, Mancuso defende que os valores concernentes à Administração Pública estão relacionados ao interesse público secundário.⁶¹

Nesse diapasão, vale destacar que a Lei no 8.429/92 traz quatro categorias de atos de improbidade administrativa, previstas respectivamente nos artigos 9, 10, 10-A e 11, quais sejam: (i) atos que importem enriquecimento ilícito, (ii) que causem prejuízo ao erário, (iii) decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e (iv) que atentem contra os princípios da Administração pública. Em princípio, verificada a prática de qualquer desses atos, os agentes sujeitam-se às sanções do art. 12 da Lei no 8.429/92.

A responsabilidade da pessoa jurídica na referida lei é objetiva. Já no que toca ao agente público, em regra, é necessária a demonstração de dolo genérico, admitindo-se, entretanto, a conduta culposa excepcionalmente nos atos que lesem o erário.

Em outras palavras, percebe-se, pois, que a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem sido tendente a exigir a comprovação do dolo nos atos que comportem

⁵⁹ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber Rogério; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos: esquematizado* – Vol. II. 7. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 844

⁶⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015, p. 220

⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo, RT, 2007, p. 181

enriquecimento ilícito e nos que atentem contra os princípios da administração pública, mas bastaria ao menos a culpa nos atos que causem prejuízo ao erário.

Em âmbito processual, a Lei de Improbidade Administrativa estipula um procedimento próprio a fim de apurar e aplicar as sanções nela previstas, o qual somente se aplica quando se tratar de improbidade típica. Significa dizer que o procedimento de que trata a referida legislação, por trazer peculiaridades nos processos por ela regidos, não serão aplicados, por exemplo, à ações de responsabilidade apenas patrimonial.

É esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, in verbis:

“EMENTA ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LEI 8.429/92. AÇÃO FUNDADA NA ILEGALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO. ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. IMPRESCINDIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DA SEÇÃO. 1. A ação de improbidade administrativa, de matriz constitucional (art.37, § 4º e disciplinada na Lei 8.429/92), tem natureza especialíssima, qualificada pela singularidade do seu objeto, que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas - físicas ou jurídicas - que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade (REsp 1.163.643, 1ª Seção, DJe 30/03/10). 2. Não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Para que se caracterize a improbidade administrativa, é indispensável que o agente tenha atuado com dolo, nas condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou, pelo menos, com culpa grave, nas do seu artigo 10 (STJ, 1ª Seção, EResp 875.163, DJe de 23/06/10; EResp 654.721, DJe de 01/09/10; e EResp 827.445, DJe 27/09/10). 3. No caso, a demanda tem como causa de pedir a ilegalidade da dispensa de licitação, sem que a inicial afirme ou demonstre que os demandados tenham agido dolosamente ou com culpa grave. E a própria ilegalidade da dispensa de licitação foi afastada pelas instâncias ordinárias, de modo unísono, entendimento que o recurso especial não consegue desfazer. 4. Recurso especial improvido.”⁶² (grifos nossos)

Nesse mesmo julgamento, em seu voto, o Ministro relator distingue a ação de improbidade de uma simples ação de ressarcimento ao erário. Segundo Zavascki, a ação de improbidade tem assento no art. 37, parágrafo 4º da Constituição Federal, possui caráter repressivo, e tem por escopo aplicar sanções de natureza pessoal aos responsáveis por tais atos ímprobos, em consonância com os artigos 12 e 17 da Lei 8.429/92.

Por outro lado, a ação que visa anular ato lesivos ao erário tem escopo primordial a reparação, fundamentada no art. 129, inciso III, da Carta Magna, e tem por objeto tão somente sanções civis comuns, desconstitutivas e reparatórias. Diferencia, ainda, em seu brilhante voto, a ação em análise da ação popular e ação civil pública, por terem, respectivamente, natureza essencialmente desconstitutiva, visando anular atos administrativos ilegítimos, de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória.

⁶² (STJ – Resp: 1163643 SP 2009/0207385-8, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento 24/03/2010, S1 – Primeira Seção, Data de Publicação no DJe 30/03/2010)

Trata-se, pois, de ação com particularidades procedimentais compatíveis com a importância do direito que esse instrumento tutela.

Consensualidade na lei no 8.429/92 e as discussões acerca do acordo de não persecução cível

Lei no 8.429/92, artigo 17. É em torno desse dispositivo que circundavam as polêmicas acerca da possibilidade de acordo na tutela da probidade administrativa. O Pacote Anticrime, editado ao final de 2019 veio para sanar essa problemática. Será?

Importa lembrar que a redação do parágrafo 1o do art. 17 expressamente vedava a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de improbidade. Não foi fraca a resistência doutrinária à aceitação da mencionada norma, tendo surgido os mais diversos fundamentos para refutar sua aplicação por aqueles que defendiam, ainda assim, a consensualidade nessa seara. Em especial, porque a total impossibilidade de negociação a respeito dos bens jurídicos tutelados pela lei vai de encontro ao anseio jurídico-social que preza pela rápida pacificação de litígios, eficiência na recuperação do patrimônio público e economia processual – ou seja, a mais forte bandeira da consensualidade.

Fortaleceu-se essa corrente quando da edição da Medida Provisória no 703/2015, a qual revogou o parágrafo responsável pela vedação. Apesar disso, forte doutrina, fundamentada na defesa de se tratar de silêncio eloquente, continuou argumentando que a mera revogação do dispositivo vedante não é apta a abrir campo para a consensualidade na tutela da probidade. Vejamos a tese defendida por Emerson Garcia:

“Ainda que o comando do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 fosse revogado, o que chegou a ser feito pela Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015, que perdeu a sua eficácia por não ter sido convertida em lei, não seria possível alcançar a conclusão de que a consensualidade de colaboração ou a consensualidade de reprimenda passaram a ser admitidas nessa seara. No âmbito do direito sancionador brasileiro, a omissão ou vazio normativo, indicativo de que a matéria não é alcançada por norma expressa ou implícita, termina por atribuir-lhe a característica de verdadeiro “silêncio eloquente”. Trata-se de mera inferência lógica a partir dos papéis desempenhados pelos princípios da legalidade e da obrigatoriedade, que figuram como pilares na persecução de ilícitos no sistema brasileiro. Nesse caso, a omissão deve ser vista como deliberada e consciente exclusão.”

Sem embargo do cenário que se punha, o Conselho Nacional do Ministério Público, movido por todo o contexto de justiça consensual que se lastreava no ordenamento jurídico, editou a Resolução no 179 de 2017, a qual permite a celebração de termos de ajustamento de conduta nas ações de improbidade. Os tribunais superiores⁶³, no entanto, não pareciam concordar com a proposta, inclinando-se a

63 *verbi gratia*, confira-se: AgInt no REsp 1.654.462, relator ministro Sérgio Kukina, 1ª Turma, julgado em 7 de junho de 2018.

priorizar a observância da regra especial do art. 17, parágrafo 1º da Lei no 8.429/92.

Pois bem. Ao menos essa questão parece ter sido solucionada pela nova redação dada ao art. 17 pela Lei no 13.964/2019, haja vista que não mais consta da redação qualquer vedação à celebração de acordos, bem como não se configura o silêncio eloquente supramencionado. O dispositivo, que passou a prever expressamente a via da transação, agora está assim redigido, verbis:

“§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)”

Ocorre que, ao mesmo tempo que se comemora a positivação da consensualidade na Lei de Improbidade Administrativa, se lamenta o fato de que o Projeto de Lei aprovado pelo Congresso Nacional foi em parte elidido do ordenamento por meio do veto do Presidente da República, o qual acabou por rechaçar a nova proposta procedimental do instituto trazido na redação do art. 17-A.

O projeto previa a iniciativa privativa do Ministério Público para a propositura do acordo, tomando por base o mesmo modelo do dominis litis da ação penal, o que acabou por gerar certa inconsistência sistêmica diante da legitimidade disjuntiva entre a Administração Pública e Parquet para propositura da ação de improbidade. Esse descompasso foi o impulsionador do veto presidencial.

Repisa-se, porém, que o dispositivo vetado trazia para o ordenamento pátrio a procedimentalização do acordo de não persecução cível (ANPC), abrindo campo para, finalmente, se efetivar, sem mais polêmicas, esse importante instrumento – por ora, acéfalo de normatização nacional.

As “perdas” decorrentes do veto presidencial foram bem observadas pela Subprocuradora-Geral da República Samantha Chantal Dobrowolski em artigo recentemente publicado. Veja-se:

“(…) cabe lembrar a propósito que, em razão do veto presidencial ao artigo 17-A da Lei nº 8.429/92, introduzido pela Lei nº 13.964/19, foi excluída a previsão legal dos requisitos de (i) ressarcimento integral do dano, (ii) reversão da vantagem indevida à pessoa jurídica lesada e (iii) pagamento de multa de até 20% do valor do dano ou da vantagem auferida para a celebração do ANPC. À falta de expressos condicionantes legais – que talvez ainda advenham com racionalidade, em eventual reforma da própria Lei de Improbidade Administrativa, tal como a fórmula já apresentada ao Parlamento pela comissão de juristas presidida pelo ministro Mauro Campbell para tal Am -, as regulamentações sobre o procedimento a ser adotado na celebração do ANPC Acaram a cargo de cada Ministério Público, a partir da autorização expressa contida no artigo 17, §1º, da Lei nº 8.429/92.”⁶⁴

Diante desse cenário, novas discussões surgem, não mais quanto à possibili-

64 *Dobrowolski, Samantha Chantal - O acordo de não persecução cível no Ministério Público Federal. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-administrativo-sancionador/o-acordo-de-nao-persecucao-civel-no-ministerio-publico-federal-02042021> - Acesso em 20/06/2021*

dade ou não de se transigir nesse campo, discussão essa agora superada. Não são, porém, diminutos os novos questionamentos, haja vista os inúmeros complicadores decorrentes da falta de regulamentação una, de um procedimento coeso em âmbito nacional. O ideal, por óbvio, seria a atuação do Congresso Nacional suprindo essa lacuna, no sentido de se resguardar os direitos fundamentais envolvidos.

Enquanto não é editada qualquer lei nesse sentido, cada instituição regulamentará a forma de proceder, o que é demasiado preocupante, principalmente em termos de segurança jurídica.

A principal dúvida certamente paira sobre a necessidade de homologação judicial desses acordos, sendo que na fase extrajudicial a questão ainda é objeto de controvérsia doutrinária, enquanto em âmbito judicial o posicionamento doutrinário inclina-se pela necessidade da referida homologação. Vejamos.

Por um lado, pode-se pensar que a desburocratização intentada pelo acordo, que tem natureza de negócio jurídico extraprocessual, afasta a reserva de jurisdição no momento em que a parte aquiesce em assumir esse compromisso.

Por outro lado, a falta de homologação de acordo firmado entre uma instituição e o infrator abre espaço para que outro órgão legitimado tome medidas judiciais cabíveis pelo mesmo fato, até porque provável que sequer tenha conhecimento do negócio celebrado. Nesse aspecto, a segurança jurídica seria praticamente nula.

E em caso de discordância entre as instituições legitimadas, a quem caberia decidir? Ainda: a quem caberia controlar e fiscalizar os ajustes? Decidindo o Ministério Público pelo arquivamento, essa orientação vincularia a Administração Pública? As ideias divergentes entre a Fazenda e o Ministério Público podem gerar essa síncope no sistema.

Há quem defenda que os acordos firmados vinculam quaisquer legitimados, mas, nesse caso, passa-se a outro questionamento. Se tudo pode ser negociado, como tornar efetivas as sanções constantes de acordo com disposições na qual a própria ordem constitucional vincula ao pronunciamento judicial, tais como sanções de inelegibilidade?

Para promotor de justiça Landolfo Andrade, caso o ANPC venha a ser formulado extrajudicialmente, será necessário requerer ao juízo a homologação da autocomposição extrajudicial, nos termos do art. 515, III, do CPC⁶⁵. Para o autor, a atividade do juiz nos casos de ANPC não é apenas de figuração, analisando tão somente aspectos formais, de cunho meramente confirmatório; longe disso, o juiz no ANPC deve realizar

⁶⁵ ANDRADE, Landolfo. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2020/03/05/acordo-de-nao-persecuacao-civil/>. Acesso em 25/06/2021.

profundo exame de mérito, podendo homologá-lo, homologá-lo parcialmente ou recomendando às partes alterações em determinadas cláusulas.

Já a doutrina do professor Fabrício Bastos considera ser desnecessária a homologação, tendo em vista se tratar de uma convenção processual (conforme art. 200, CPC), havendo apenas o controle judicial a respeito da validade do acordo. Veja-se:

“Considerando a ideia do microsistema da tutela coletiva de combate à corrupção, penso ser despicienda a homologação para que o acordo de não persecução cível surta os seus regulares efeitos, sob pena de subverter completamente o sentido da mútua complementariedade das regras do microsistema da tutela coletiva, pois não há tal exigência para a celebração do acordo de leniência e, tampouco para o TAC, exceto, claro, quando celebrados no curso da demanda judicial. A exigência da homologação judicial verifica-se somente quanto ao acordo de colaboração premiada, bem como com o acordo de não persecução penal. Não custa lembrar que este acordo é uma convenção processual e, assim, não há a necessidade da homologação judicial para que surta os seus regulares efeitos (art. 200, CPC), mas haverá o controle judicial acerca da validade da avença, conforme preconiza o art. 190, CPC. Assim, apesar da natureza de impeditivo processual, não haverá a possibilidade de conhecimento ex officio da avença”.

Em consonância com o acima exposto, o entendimento do juiz e autor Fernando Gajardoni perpassa pela ideia de que o ANPC terá validade e eficácia de título executivo extrajudicial (art. 784, XI, do CPC e art. 5º, § 6º, da lei 7.347/85), salvo se for levado à homologação em juízo por meio de procedimento de jurisdição voluntária, caso em que terá eficácia de título judicial (art. 515, III, do CPC), donde se conclui pela prescindibilidade de homologação⁶⁶. Arremata-se, por fim, o tema:

“Já nos acordos judiciais, o juiz participa da convenção não porque integra sua formação, mas porque o CPC exige que o feito seja encerrado por uma sentença homologatória (art. 487, III, do CPC), que nos termos do art. 515, II, do CPC, é título executivo judicial. Neste caso, a dúvida que resta em aberto - e sobre isso ainda não temos opinião formada -, é se a atuação do Judiciário no caso serve, apenas, para controlar os requisitos de validade do acordo na forma do art. 190, parágrafo único, do CPC (autonomia da vontade, licitude do objeto, etc.), ou se o juiz pode recusar a homologação, com espeque no art. 723, parágrafo único, do CPC, por entender que o acordo de não persecução penal não repara adequadamente os danos ou sanciona, suficientemente, o agente infrator.”.

Superado este ponto, surge outro questionamento: seria possível ao juiz conhecer de ofício de eventual descumprimento do ANPC? Ao defender se tratar de convenção processual, argumenta Fabrício Bastos no sentido da impossibilidade, em razão de interpretação sistemática da legislação processual (arts. 65, CPC – necessidade de alegação de incompetência relativa em preliminar de contestação; e 337, §6º, CPC – necessidade de alegação de convenção de arbitragem em preliminar de contestação).

O enunciado 252 do Fórum Permanente de Processualistas Civis segue esta

⁶⁶ GAJARDONI, Fernando. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>, acesso em 27/06/2021.

toada: “O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento.”.

A discussão, por óbvio, não é meramente teórica.

Dessa maneira, caberá a cada pessoa jurídica de direito público de todas as esferas da federação, aos Ministérios Públicos Estaduais, ao Ministério Público da União complementar a lacuna com outras normas que integram o microsistema de tutela coletiva (LAP, LACP, CDC, Lei Anticorrupção), em homenagem ao diálogo das fontes, assim como editar ato normativo próprio, sem olvidarmos da necessária normatização geral a cargo do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP e de Lei Nacional a ser promulgada pelo Congresso Nacional a fim de regulamentar a matéria.

Todavia, muito embora ainda não regulamentado por todos os órgãos interessados, resta claro que o ANPC já pode ser pactuado, como bem analisa Fernando Gajardoni:

“Primeiro de tudo, acreditamos que a ausência de disciplina legal não é impedimento para a celebração dos acordos, até por conta do entendimento de que isso já era possível mesmo antes do advento da lei 13.964/2019. Até que venha a necessária lei em sentido estrito a disciplinar o tema genérica e nacionalmente, o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, § 2º, da CF) e as Procuradorias de Justiça, no âmbito de suas atribuições⁵, poderão editar normas administrativas estabelecendo parâmetros mínimos para a celebração dos acordos no âmbito do MP (nacional e estadual).

Do mesmo modo, as pessoas jurídicas de direito público de todas as esferas da federação (União, Estados, DF, Municípios e respectivas autarquias) poderão editar leis específicas disciplinando os requisitos para celebração de acordo em sede de improbidade administrativa, observando, quanto ao mais, a própria exigência de lei em sentido estrito para que possam celebrar acordos em geral.

Enquanto, entretanto, não vier a normativa própria no âmbito dos respectivos órgãos, MP e pessoas jurídicas de direito público só podem celebrar o acordo em improbidade administrativa atendendo aos requisitos do art. 16 da lei 12.846/2013 (acordo de leniência na corrupção empresarial). Embora não se trate de bom parâmetro considerando as diferenças entre a corrupção empresarial e a improbidade administrativa (art. 9º a 11 da lei 8.429/92), o que demanda adaptações, isso é o mínimo tolerável para, à míngua de normativa própria, ser preservada a isonomia, a legalidade e a segurança jurídica, evitando que cada órgão (ou pior, cada membro) celebre a avença da maneira e em favor de quem bem entender⁶⁷.

Nesse diapasão, o impulso inicial em termos de normatização foi dado pelo Ministério Público de São Paulo, o qual editou de forma pioneira a Resolução 1193/2020-CPJ⁶⁸, trazendo regras procedimentais e materiais para a celebração do ANPC, que regulamentam o art. 17, §1º da LIA. O normativo tem por escopo fornecer subsídios

⁶⁷ GAJARDONI, Fernando. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>, acesso em 25/06/2021

⁶⁸ Disponível em http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf Acesso em 25/06/2021

aos seus membros para a celebração de acordos de não persecução cível, em conformidade com a Lei no 13.964/2019, com Resolução no 179/2017-CNMP e com a Resolução no 1.193/2020 – CPJ.

Pretende-se, pois, com a referida Nota Técnica, dar um norte aos membros do Parquet paulista para que já possam firmar acordos de não persecução cível na tutela da probidade administrativa. A partir dela, fixam-se importantes pontos daquilo que ainda parece muito abstrato, quando analisado sob uma perspectiva nacional, tais quais: natureza jurídica, pressupostos, conteúdo, sanções, procedimento, controle pelo Conselho Superior do Ministério Público, formas de impugnação e prazo prescricional.

Oportuno observar, nesse momento, as razões da edição da referida resolução:

“CONSIDERANDO a necessidade de regulamentação da matéria no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, a fim de estabelecer parâmetros que assegurem homogeneidade na atuação funcional e garantam um patamar mínimo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, sem prejuízo da independência funcional assegurada constitucionalmente”;(grifo nosso)

Em outubro de 2020, a Quinta Câmara de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal publicou a Orientação no 10⁶⁹, a qual busca garantir a padronização procedimental na celebração do referido acordo, estimulando a atuação negocial do Ministério Público diante de uma cultura de compliance.

O documento conta com diversos pontos em comum quando comparada à Nota Técnica paulista, o que parece refletir certo alinhamento do Parquet quanto às pretensões procedimentais nessa esfera negocial.

Aspecto relevante dessa orientação é o fato de terem sido trabalhados de forma expressa pontos extremamente controvertidos, sanando eventuais dúvidas, tais como: possibilidade de se firmarem acordos nas fases extrajudicial e judicial, ainda que já exista sentença pendente de recursos; previsão no sentido de que o Ministério Público deve consultar o ente público lesado pelo ato ímprobo, possibilitando a manifestação prévia à assinatura do acordo; o acordo não poderá tratar de benefícios relacionados à redução de valores devidos a título de ressarcimento de danos materiais ao erário, perdimento de bens, direitos ou valores obtidos pela infração, tampouco poderá conceder isenção da suspensão de direitos políticos na forma do previsto na Lei Complementar no 135/2010, vedando ainda, a concessão de isenção total de penalidades.

⁶⁹ No Rio de Janeiro, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-no-10-2020-anpc.pdf>. Acesso em 26/01/2021.

tiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania vem publicando roteiros de atuação funcional⁷⁰ com o objetivo de oferecer subsídios à atuação dos promotores de justiça vinculados ao CAO.

Assim, vê-se que a imprescindibilidade de cada Ministério Público editar sua própria regulamentação, assim como o CNMP normatizar a matéria em nível nacional é ululante, sobretudo com relação à efetividade, segurança jurídica e transparência dos acordos a serem firmados pelo território brasileiro. Isso porque está a se tratar de interesse público, instituto caro à sociedade brasileira, que não pode ser manejado sem regras materiais e procedimentais claras e prévias. Além de a sociedade ser beneficiada, favorece toda comunidade jurídica, principalmente os membros do Ministério Público, os representantes jurídicos dos órgãos públicos, advogados e juízes.

Independentemente da questão referente à regulamentação do instrumento, a eficácia e a celeridade do acordo ora analisado já podem ser constatadas nos casos concretos em que foi utilizado. De maneira eficiente, pode-se inclusive se constatar a solução de litígios antigos que, muito provavelmente, ainda se perpetuariam por longos anos.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, verificou-se a primeira homologação de um ANPC, formal e propriamente dito, em 01/07/2020, em caso iniciado em 2014.⁷¹

A partir de uma breve análise dos andamentos processuais do referido caso, percebe-se que o processo foi distribuído à 1ª Vara de Fazenda Pública da Capital em 22/07/2014. Incrivelmente, entre os anos de 2014 a 2018, nenhuma questão meritória fora apreciada, gerando-se inclusive o grave risco de ocorrer a prescrição da conduta dos indivíduos.

Entre a apresentação de defesa prévia dos acusados (art. 17, §6º, LIA), o recebimento da inicial, o declínio de competência, o incidente que suscitou conflito, e a devolução dos autos à 1ª Vara de Fazenda Pública, nada, de fato, foi solucionado. O já conhecido “jogo de empurra” processual não respeita, sequer, a seara da probidade administrativa e defesa do patrimônio público. Proposto o acordo pelo Ministério Público, a sentença fora homologada em 01/07/2020.

⁷⁰ Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2007466/roteiro_atuacaofuncional_parte2.pdf. Acesso em 27/06/2021.

⁷¹ Conforme consta de notícia do site Conjur: “Nesse caso, três bombeiros foram acusados pelo Ministério Público de deixar de responder a ofícios que requisitavam informações para uma investigação. Para o MP, eles praticaram o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, II, da lei — ou seja, “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”. Em sua defesa, os bombeiros alegaram que não houve dolo e que a conduta seria de baixa gravidade. O MP-RJ então propôs acordo de não persecução cível aos três. Em troca da extinção da ação, sugeriu que os acusados pagassem multas (de quatro, três e dois salários mínimos, dependendo do bombeiro), a serem revertidas ao Fundo Estadual de Saúde para ações destinadas ao combate à epidemia de Covid-19. Além disso, propôs que eles fiquem proibidos de contratar com o poder público por três anos. Os bombeiros aceitaram o acordo, e o compromisso foi homologado pelo juiz Bruno Bodart, que extinguiu o processo com resolução do mérito”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-08/justica-rio-homologa-acordo-nao-persecucao-improbidade>. Acesso em 26/06/2021.

A partir desse estudo de viés empírico, resta demonstrada a utilidade do instrumento, que não pode ser diminuída, tampouco enfraquecida, tão só por conta da falta de regulamentação de caráter nacional. O acordo de não persecução cível vem ao encontro da consensualidade que tanto se espera alcançar, como instrumento de redução da litigiosidade, evitando a judicialização exagerada e solucionando casos em tempo útil e apto a dar uma resposta satisfativa à sociedade.

Apesar disso, e por mais que tenhamos diversos pontos positivos no caminho da consensualidade, a falta de regulamentação uniforme poderá gerar os diversos embates supramencionados, que acabam por enfraquecer a própria eficácia desse grande instrumento. São essas as barreiras que precisarão ser superadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conquistas alcançadas nas últimas décadas no campo do direito coletivo são inegáveis. Viu-se ao longo do presente trabalho que ordenamento jurídico brasileiro não ficou atrás no cenário internacional, tendo a normatização buscado acompanhar a evolução e percepção social, a qual clamava por um direcionamento no que toca à tutela de direitos transindividuais.

Ainda que de forma lenta, e não livre de críticas, logrou-se nos últimos anos regular a matéria de maneira a permitir que ações coletivas ocupassem espaço de relevo nos tribunais brasileiros. Não foi suficiente.

Passou-se, então, a questionar a efetividade dessas ações, diante do aumento da consensualidade nas diversas esferas da vida, e inclusive em alguns campos do direito. Percebeu-se que antigas regras rígidas acerca da impossibilidade de transação passaram a ser reguladas até mesmo no âmbito criminal, gerando forte quebra do paradigma até então consolidado.

Em seguida, a sempre valorizada preocupação com o patrimônio público volta a ser objeto de debate, para que, até mesmo na seara da improbidade administrativa, seja aberto campo para transação, há muito questionado, sem, contudo, que isso vulnere interesse público.

Observamos ao longo deste artigo que a possibilidade de celebração do Acordo de Não Persecução Cível no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa (art. 17, §1º) tem o potencial para oxigenar o sistema anticorrupção no Brasil com efetividade e celeridade. Isso porque o ANPC, como instrumento de consensualidade, abre um leque de opções à pessoa jurídica interessada e ao Ministério Público no intuito de se obterem as melhores vantagens ao interesse público.

Contudo, embora muito festejada, sua procedimentalização fora vetada, o que gera uma enorme celeuma para os operadores do direito. Por isso, é extremamente necessário que o legislador elabore lei cujo conteúdo tenha como o escopo a previsão de normas gerais procedimentais do ANPC, sem embargo de regulamentação específica, de forma complementar, pelo Conselho Nacional do Ministério Público e por cada Ministério Público Estadual, ou, ainda, pelos entes públicos.

Assim, a imprescindibilidade de uma normativa geral em nível nacional é muito bem-vinda, sobretudo com relação à segurança jurídica e à transparência dos acordos a serem firmados pelo território brasileiro. Isso porque está a se tratar de interesse público, valor muito caro para a sociedade brasileira, que não pode ser manejado sem regras materiais e procedimentais claras. A urgência é notória, visto que, ao invés de diminuirmos a demanda judicial, poderão surgir infinitos questionamentos quanto às regras, condições, pressupostos dos acordos firmados, demandando ao Judiciário resolver.

Além disso, é possível concluir que o incremento da consensualidade na LIA representa uma tendência democrática, ante a participação mais efetiva dos destinatários dos atos da administração em sua elaboração, em consonância com o modelo constitucional proposto por Peter Habermas (“sociedade aberta dos intérpretes da constituição”), influenciando a Constituição de 1988.

Por derradeiro, cabe agora acompanhar os julgamentos dos Tribunais Superiores e a evolução doutrinária a respeito das principais nuances do ANPC, bem como a normatização geral da matéria, a fim de se garantir segurança jurídica ao instituto, esperando-se que o modelo consensual seja privilegiado, haja vista a eficácia do mesmo para o interesse da coletividade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual. São Paulo, Saraiva, 5a ed., 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Execução coletiva em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Algumas considerações reflexivas, Revista MPMG jurídico, Edição comemorativa de lançamento, ano I, setembro 2005. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10177-10176-1-PB.pdf>. Acesso em 05/12/2020.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber Rogério; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos: esquematizado – Vol. II, 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira, Rio de Janeiro, Renovar, 7a ed., 2003.

BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2020.

BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 – Lei da Ação Civil Pública. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2020.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2020.

BRASIL. Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009 – Lei do Mandado de Segurança. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2020.

BRASIL. Código Civil, 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2020.

BRASIL. Código de processo civil, 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2020.

BRASIL. Código de Processo Civil, 1973. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2020.

BRASIL. Constituição Federal, 1946. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2020.

BRASIL, Lei n. 11.448, 15 de janeiro de 2007. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2020.

BRASIL. Lei 12.846, de 01 de agosto de 2013. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 05/12/2020.

BUENO, Cassio Scarpinela. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: Pontos para uma reflexão conjunta. Publicado originalmente na Revista de Processo, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, páginas 92-151 Disponível em <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/004.pdf>. Acesso em 05/12/2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Traduzido por Ellen Gradie Northfleet. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. Revista di Diritto Processuale, volume 30, 1975.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo, Malheiros, 4a ed., 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil - v. 4: processo coletivo. Salvador, Juspodium, 14a ed., 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo, Atlas, 26a ed., 2013.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal - O acordo de não persecução cível no Ministério Público Federal. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-administrativo-sancionador/o-acordo-de-nao-persecucao-civel-no-ministerio-publico-federal-02042021>. Acesso em 20/06/2021

GAJARDONI, Fernando. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>. Acesso em 27/01/2021.

GAMBARO, Antonio. La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato. Milano, A. Giuffrè Editore, 1976.

GARCIA, Emerson. Alves, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. São Paulo,

Saraiva, 7a ed., 2014.

GARCIA, Emerson. Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GARCIA, Emerson. Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 66, out./dez. 2017

GRINOVER, Ada Pellegrini. O projeto de lei brasileira sobre processos coletivos. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 13, nº 1093, 25 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/257-artigos-nov-2013/6345-o-projeto-de-lei-brasileira-sobre-processos-coletivos>. Acesso em 05.01.2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. São Paulo, RT, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo, Saraiva, 28a ed., 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Notas sobre o objeto da Ação Civil Pública. Disponível em www.mazzilli.com.br/pages/artigos/notasobjetoacp.pdf Publicado nos Anuais do 17o Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 7o Congresso de Direito Ambiental dos Países de Língua Portuguesa e Espanhola, e 7o Congresso de Estudantes de Direito Ambiental, realizado em São Paulo, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Aspectos polêmicos da Ação Civil Pública. Revista Magister de direito imobiliário, registral, urbanístico e ambiental – Porto Alegre, 2005. Disponível em <http://docslide.com.br/documents/artigo-hugo-nigro-mazzilli-aspectos-polemicos-das-acoes-coletivas.html>

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros, 32a ed., 2014.

MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Atlas, 5a ed., 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, São Paulo, Revista dos Tribunais, 14a ed., 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. Codificação ou não do processo coletivo? De Jure. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vol. 7, 2006, Disponível em <http://www.mp.mg.gov.br>

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Processo Coletivo. Rio de Janeiro, Jus podium, 3a ed., 2016.

NORONHA, FERNANDO. Direito das obrigações. Rio de Janeiro, Saraiva, 3a ed., 2010.

ROCHA, Ibraim José das Mercês. Ação civil pública e o processo do trabalho. São Paulo, Ltr, 2a ed., 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, Forense, 50a ed., 2009.

VENTURI, Elton. Execução da Tutela Coletiva. São Paulo, Malheiros, 2000.

VENTURI, Elton. Responsabilidade civil por danos causados aos direitos difusos e coletivos. Revista de Direito do Consumidor | vol. 15/1995 | p. 79 - 98 | Jul - Set / 1995
Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental | vol. 5 | p. 219 - 246 | Mar / 2011 DTR\1995\284.
São Paulo, 1995.

VENTURI, Elton – O problema conceitual da tutela coletiva: a proteção dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos segundo o Projeto de Lei n. 5.130/09 em Em defesa de um novo sistema de processos coletivos, estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro, Saraiva, 2010.

VIGORITI, Vincenzo. Giustizia e Futuro: conciliazione e class action. 2010. Disponível em <http://bdjur.stj.jub.br/dspace/handle/2011/82621>

VORONOFF, Alice. Direito administrativo sancionador no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Saraiva, 5a ed., 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos – Tese de Doutorado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 6a ed., 2014.

SOBRE A AUTORA

Sophia de Moura Leite

Graduada em direito pela Universidade Federal Fluminense. Pós Graduada em Administração Pública e Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes.

