

REVISTA DOS TRIBUNAIS

ANO 112 - JUNHO DE 2023 - VOL. 1052

Nesta edição:

DOCTRINA

- Responsabilidade civil médico-hospitalar por eventos adversos nas cirurgias robóticas: uma análise da primeira decisão judicial brasileira sobre o tema
- Aspectos jurídicos do seguro de riscos cibernéticos: primeiras impressões e possíveis desafios para contratação
- O tráfico de pessoas no Brasil sob a perspectiva da mulher migrante

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

É inconstitucional lei estadual que estende a idade de ■
aposentadoria compulsória para cargos que não estejam
expressamente determinados na Constituição Federal.

Remuneração do administrador judicial não pode se sujeitar à ■
forma fixada no plano de recuperação.

CONTEÚDO EXTRA

50º aniversário do Dia Mundial do Meio Ambiente e o ■
direito humano a um clima estável
Ana Paula Atz e Gabriel Wedy



THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

SUMÁRIO

MISSÃO E OBJETIVOS DA REVISTA DOS TRIBUNAIS.....	7
EDITORIAL RT 1052.....	9

DOCTRINA

ADMINISTRATIVO

Pontos polêmicos instrumentais na nova Lei de Improbidade Administrativa: juízo de prelibação, vinculação da assessoria jurídica à defesa do ato e acordo de não persecução civil

Instrumental controversial points in the new Law of Administrative Improbability: preliminary judgment, binding of legal advice to the defense of the act and civil non-prosecution agreement

JOSÉ JERÔNIMO NOGUEIRA DE LIMA e THIAGO REIS AUGUSTO RIGAMONTI 19

ACESSO À JUSTIÇA

A "vulnerabilidade eletrônica" e a "sexta onda renovatória de acesso à justiça" na "Sociedade 5.0": a tecnologia enquanto obstáculo e facilitadora do acesso

The "electronic vulnerability" and the "sixth renewal wave of access to justice" in "Society 5.0": technology as an obstacle and facilitator of access to justice

MAURILIO CASAS MAIA..... 39

CIVIL

A (im)possibilidade de realização de inventário extrajudicial com a presença de interessado incapaz

The (im)possibility of carrying out the extrajudicial inventory with the presence of a legally incapable interested

TAYSA PACCA FERRAZ DE CAMARGO, CAIO PACCA FERRAZ DE CAMARGO e ANA ELIZABETH LAPA WANDERLEY CAVALCANTI 59

Responsabilidade civil médico-hospitalar por eventos adversos nas cirurgias robóticas: uma análise da primeira decisão judicial brasileira sobre o tema

Medical malpractice and civil liability of hospitals for adverse events in robotic surgeries: an analysis of the first Brazilian court decision on the subject

RAFAELLA NOGAROLI..... 79

Aspectos jurídicos do seguro de riscos cibernéticos: primeiras impressões e possíveis desafios para contratação

Legal aspects of cyber risk insurance: first impressions and potential challenges for contracting

MARCELA JOELSONS..... 97

Da liberdade plena de contratação à autonomia da vontade limitada: uma visão sistemático-evolutiva da ingerência do Estado nas relações privadas <i>From the full freedom of contracting to the autonomy of the limited will: a systematic-evolutionary view of the State's interference in private relations</i> JORGE SHIGUEMITSU FUJITA e DANIEL CARLOS MACHADO.....	115
DIREITOS HUMANOS	
O tráfico de pessoas no Brasil sob a perspectiva da mulher migrante <i>Human trafficking in Brazil from migrant women's perspective</i> PRISCILA CAMPELO.....	131
Compromisso de ajustamento de conduta: construção de uma política pública para a garantia do direito fundamental à higiene menstrual no cárcere <i>Conduct adjustment commitment: construction of a public policy to guarantee the fundamental right to menstrual hygiene in prison</i> LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR e RAFAELA CÂNDIDA TAVARES COSTA.....	157
PROCESSO CIVIL	
Tutela Provisória no Brasil: fragilidades em comparação com o contexto norte-americano <i>Provisional remedies in Brazil: systemic frailties compared to the north american context</i> CESAR ZUCATTI PRITSCH.....	177
PROCESSO PENAL	
O dever de fundamentação das decisões penais, o poder punitivo estatal e a garantia de direitos: uma análise da atuação do Superior Tribunal de Justiça em casos de tráfico de drogas julgados entre 2020 e 2022 <i>The grounds for criminal decisions, the state punitive power and the guarantee of rights: an analysis of the Brazilian Superior Court of Justice's performance in drug trafficking cases (2020-2022)</i> CAROLINA COSTA FERREIRA e GREICE KERR MANDRUZATO.....	209
RECUPERAÇÃO JUDICIAL, EXTRAJUDICIAL E FALÊNCIA	
A recuperação extrajudicial e as alterações na Lei de Recuperação de Empresas e Falências: desafios e perspectivas <i>Out-of-court reorganization and the reform of Business Restructuring and Bankruptcy Law: challenges and future perspectives</i> FILIPE CASELLATO SCABORA.....	235
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	
A indispensável presença do advogado para a efetivação do acesso à justiça na mediação e na conciliação <i>The indispensable presence of the lawyer for the effectiveness of access to justice in mediation and conciliation</i> PATRÍCIA MARTINS GARCIA e THIAGO CESAR GIAZZI.....	257

A desjudicialização na sociedade da informação: a arbitragem eletrônica como forma de resolução de conflitos <i>Dejudicialization in the information society: electronic arbitration as a way of conflict resolution</i> ADRIELLY LETÍCIA SILVA OLIVEIRA e FÁBIO ROMEU CANTON FILHO	277
---	-----

NOTAS

Entidades (semi-)independentes e a importância do Direito Administrativo no século XXI: comentários à Lei da Autonomia do Banco Central e à Lei Quadro das Agências Reguladoras <i>(Semi-)independent entities and the importance of administrative law in the 21st century: comments on the central bank autonomy law and the framework law for regulatory agencies</i> MÁRTIN M. SZINVELSKI	295
---	-----

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- É inconstitucional lei estadual que estende a idade de aposentadoria compulsória para cargos que não estejam expressamente determinados na Constituição Federal
DÉBORA DE JESUS REZENDE BARCELOS
- Supremo declara inconstitucionalidade de dispositivo que determinava a suspensão do exercício profissional em decorrência de inadimplemento das anuidades
TEREZINHA FERNANDES DE OLIVEIRA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Remuneração do administrador judicial não pode se sujeitar à forma fixada no plano de recuperação
RENNAN THAMAY
- Suspensa ações sobre a possibilidade de concessão de autorização sanitária para importação e cultivo de *Cannabis*
EDUARDO DANTAS

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- É inconstitucional, por violação à competência da União para legislar sobre direito civil e seguros, lei estadual que estabelece obrigações contratuais de cobertura de planos de saúde para pessoas com deficiência.
- São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que limitam ou afastam direitos trabalhistas, desde que não afetem direitos indisponíveis.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Crime permanente e a situação de flagrância são fatores mitigadores da inviolabilidade de domicílio, permitindo o ingresso de policiais em endereço diverso do descrito em ordem judicial.....

• Juízo comum estadual é competente para processar e julgar a ação de repactuação de dívidas por superendividamento, ainda que exista interesse do ente federal.....	381
• Silêncio intencional do legislador implica a exclusão da obrigatoriedade das empresas limitadas de grande porte publicarem suas demonstrações contábeis.....	383
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	
• Garantias constitucionais que protegem a gestante e o nascituro são indisponíveis e não podem ser negociadas em convenções coletivas de trabalho.....	387
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO	
• Necessário o reajuste da pena, em razão da repristinação do preceito secundário da norma que vigia anteriormente à lei penal mais gravosa, para o crime de importação de medicamentos estrangeiros sem registro no órgão de vigilância sanitária.....	391
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ACRE	
• Postagens ofensivas à imagem da corporação militar publicadas em rede social extrapolam os limites da liberdade de expressão e crítica e acarretam o dever de indenizar.....	395
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAPÁ	
• Caracterizado o crime de receptação qualificada praticado por proprietário de assistência técnica de celulares, uma vez que ele tem capacidade técnica para avaliar a procedência do produto de origem ilícita.....	399
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ	
• Cabível a demolição de edificação construída com inobservância da legislação ambiental e urbanística em posto de combustíveis.....	403
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO	
• Uso malicioso de ferramenta de busca na internet para concorrência desleal gera indenização por danos materiais e morais.....	407
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO	
• Índice de Temas.....	415
• Índice de Autores.....	419
NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORA INÉDITA.....	423

CONTEÚDO EXTRA

50º aniversário do Dia Mundial do Meio Ambiente
e o direito humano a um clima estável

ANA PAULA ATZ e GABRIEL WEDY



Doutrina

Administrativo

PONTOS POLÊMICOS INSTRUMENTAIS NA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: JUÍZO DE PRELIBAÇÃO, VINCULAÇÃO DA ASSESSORIA JURÍDICA À DEFESA DO ATO E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL

INSTRUMENTAL CONTROVERSIAL POINTS IN THE NEW LAW OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY: PRELIMINARY JUDGMENT, BINDING OF LEGAL ADVICE TO THE DEFENSE OF THE ACT AND CIVIL NON-PROSECUTION AGREEMENT

JOSÉ JERÔNIMO NOGUEIRA DE LIMA

Doutorando em Direito Administrativo e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Administrativo e Constitucional pela Escola Paulista de Direito – EPD. Advogado.
jeronimocb@yahoo.com.br

THIAGO REIS AUGUSTO RIGAMONTI

Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Damásio de Jesus. Pós-Graduando (*lato sensu*) em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Professor de Direito na Faculdade de Direito de Itu – FADITU. Membro da Comissão de Direito Administrativo da OAB/SP (Seção Estadual). Atualmente é Controlador-Geral do Município da Estância Turística de Itu. Advogado.
thiago.rigamonti@gmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Processual

RESUMO: A Lei Federal 8.429/1992 prevê um dos mais importantes mecanismos de instrumentalização do Direito administrativo repressivo, dispondo sobre o regime jurídico dos atos de improbidade administrativa e das ações que visam à aplicação das sanções aos agentes incursos em tal modalidade de ilícitos. A sua profunda alteração pela Lei Federal 14.230/2021 atrai a pertinência de seu estudo, notadamente quanto aos seus aspectos processuais, predispondo-se a presente pesquisa ao enfrentamento do novo regime jurídico

ABSTRACT: The Federal Law 8,429/1992 foresees one of the most important instruments of instrumentalization of repressive administrative Law, providing for the legal regime of acts of administrative improbity and of actions that aim at the application of sanctions to agents involved in such type of illicit acts. Its and profound alteration by Federal Law 14,230/2021 attracts the pertinence of its study, notably regarding its procedural aspects, predisposing the present research to face the new legal regime attributed to

LIMA, José Jerônimo Nogueira de; RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. Pontos polêmicos instrumentais na nova Lei de Improbidade Administrativa: juízo de prelibação, vinculação da assessoria jurídica à defesa do ato e acordo de não persecução civil. *Revista dos Tribunais*. vol. 1052. ano 112. p. 19-36. São Paulo: Ed. RT, junho 2023.

atribuído ao juízo de prelibação que antecede o recebimento da petição inicial pelo juiz, à vinculação da advocacia pública à defesa do agente acusado de ilícito em virtude de ato antes aprovado sob a ciência jurídica e ao acordo de persecução cível que passou a ser permitido pela novel legislação, o que se promove sob os métodos dedutivo e hipotético.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo Repressivo – Improbidade administrativa – Juízo de prelibação – Advocacia pública – Acordo de não persecução cível.

the preliminary judgment that precedes the receipt from the initial petition by the judge, to the connection of public law to the defense of the agent accused of unlawful acts by virtue of an act previously approved under the legal science and to the civil prosecution agreement that is now allowed by the new legislation, which is promoted under the methods deductive and hypothetical.

KEYWORDS: Repressive Administrative Law – Administrative improbity – Preliminary judgment – Public advocacy – Civil non-prosecution agreement.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do novo juízo de prelibação. 3. Da vinculação da assessoria jurídica pública à defesa do ato. 4. Do acordo de não persecução civil. 4.1. Administração Pública consensual. 4.2. Acordo de não persecução civil como instrumento consensual de solução de litígio. 4.3. Momento da celebração. 4.4. Competência. 4.5. Condições. 4.6. Discricionariedade. 4.7. Acordo de não persecução civil x acordo de leniência. 5. Conclusão. 6. Referências. 7. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

A Lei Federal 8.429/1992 discorre há mais de 30 (trinta) anos sobre os atos de improbidade administrativa, seu regime jurídico e decorrentes sanções, prevendo, inclusive, diversos dispositivos de natureza adjetiva que tornam as ações que visam à apuração de atos de improbidade procedimentos singulares e especiais, com influxo de variadas normas processuais.

O Supremo Tribunal Federal foi provocado e não tardou em consolidar exegeses relevantes, em exame de mérito sob o regime da repercussão geral (vinculativo à jurisprudência das instâncias inferiores do Judiciário: Recurso Extraordinário com Agravo 843.989), todavia o fez quanto a dois pontos da novel legislação – (ir)retroatividade da nova conformação típica do ato de improbidade a reclamar expressamente o elemento subjetivo doloso do agente e dos novos prazos prescricionais material e intercorrente –, de modo que há outros temas alterados e fundamentais à prática e à instrumentalização da acusação e da defesa sob o rito especial atinente ao cometimento de atos de improbidade administrativa, mas não solvidos pela Suprema Corte quanto à sua interpretação e constitucionalidade.

Ainda que não se tenha a pretensão de exaurir todos os temas ou controvérsias suscetíveis diante do texto da Lei Federal 14.230/2021, almeja-se o enfrentamento da exegese quanto àqueles considerados mais relevantes e substanciais à instrumentalização do novel diploma.

Com tal propósito e a título de referência, já foi remetido à publicação texto¹ em que esses mesmos autores abordaram os temas relativos ao novo regime jurídico das tutelas antecipadas referentes à indisponibilidade de bens dos acusados, bem como a natureza e o momento processual do interrogatório do réu instituído como instrumento de defesa pela nova Lei de Improbidade Administrativa.

A segunda parte – que ora se introduz – visa à análise do novo regime jurídico atribuído à fase de recebimento da petição inicial pelo juiz, que não mais reclama manifestação prévia por parte do acusado, mas, por outro lado, tampouco se dá sob os pressupostos ordinários do processo comum, revelando-se como aspecto relevante à deflagração, ou não, da ação de improbidade administrativa, que traz consigo, além da possibilidade de pedidos antecipados gravosos ao acusado, reflexos fortes no que atine à fama e à repercussão social diante da habitual natureza política ou pública de que se ocupam os acusados.

Por conseguinte, a Lei Federal 14.230/2021 também previu regime peculiar e inovador atinente à vinculação da assessoria jurídica ao ato por ela aprovado mediante parecer, de molde a estender os deveres da advocacia pública à defesa do acusado que o adotou, extravasando os quadrantes até então vigentes de atuação de referido órgão e de seus agentes, com relevância sublime e controvérsias possíveis quanto à extensibilidade de tal dever de atuação até mesmo quando o acusado deixa os quadros da Administração Pública, rompendo conexão estrita subjetiva e orgânica entre si e a noção da esfera pública objeto de atuação das Procuradorias, estabelecendo-se vinculação jurídica entre o agente público e a instituição que dantes compôs cujos efeitos se perpetuam sob a perspectiva da responsabilidade da Advocacia Pública em defendê-lo.

Por fim, não obstante o consensualismo na Administração Pública e nos processos – administrativos ou judiciais – que instrumentalizam o seu proceder represente tema vivo, novo e merecedor de estudos aprofundados enquanto elemento rompedor da atuação unilateral encravada como modo de atuação nos alicerces do Direito Administrativo – como se a única ou principal via de satisfação do interesse público –, a possibilidade de celebração de acordos de não persecução cíveis ostenta marco inovador nas ações de improbidade administrativa, merecedor de diagnóstico e de colaboração à precisa exegese de modo a perfazer, mediante adequado estabelecimento de seus pressupostos, instrumento proporcional de satisfação do interesse público.

2. DO NOVO JUÍZO DE PRELIBAÇÃO

A Lei Federal 8.429/92 previa fase de manifestação prévia do acusado, de modo que apenas após o enfrentamento dela poderia o juiz se manifestar quanto à existência de conjunto probatório suficiente, ainda que indiciário, para o recebimento da petição inicial e

1. Trata-se do artigo “Pontos polêmicos instrumentais na nova lei de Improbidade Administrativa: tutelas antecipadas e o interrogatório do acusado”, encaminhado à publicação na *Revista dos Tribunais*, em 16 de janeiro de 2023, pendente de aprovação até a data de consolidação deste texto.

deflagração, efetivamente, da instrução processual, com nova oportunidade defensiva (contestação, então), produção de provas etc.

Nesse sentido, previa a Lei Federal 8.429/92, antes de sua alteração pela Lei Federal 14.230/2021, que a “A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade” ou “com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas” (artigo 17, § 6º), sucedendo-se que o juiz “ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias” (§ 7º), e, após, recebida a manifestação, o juiz “rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita” (§ 8º).

Apenas se recebida a petição inicial pelo juiz, isto é, se não convencido de que inexistente o ato de improbidade administrativa, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, “será o réu citado para apresentar contestação” (§ 9º), decisão preliminar essa suscetível de recurso de agravo de instrumento (§ 10).

Veja-se, portanto, que a decisão pelo recebimento da petição inicial nas ações de improbidade administrativa, até então, detinha premissa de cognição jurisdicional bastante além do quanto já inerente à postulação processual civil.

Isso pois já há, ordinariamente, a possibilidade de o juiz indeferir a petição inicial quando inepta, houver manifestamente ilegitimidade da parte, carecer o autor de interesse processual ou não forem satisfeitas as indicações formais quando o advogado postula em causa própria mesmo após a intimação para saná-las (artigo 330 combinado com os artigos 106 e 321 do CPC).

Nas ações de improbidade o regime jurídico previa tarefa bem mais complexa, mormente porque, para que o Juiz afaste a possibilidade de improcedência da demanda ou inexistência do ato de improbidade é necessária a aferição, ainda que não exauriente diante da não instrução probatória completa, do mérito das alegações autorais, considerando-se, ademais, que a petição inicial necessariamente devia se fazer acompanhar de documentos ou justificação que contivessem indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas (antiga redação do artigo 17, § 6º, da Lei Federal 8.429/92).

Dá se afirmar que a decisão interlocutória em questão representava um juízo de prelibação, uma análise antecipada do mérito diante do conjunto de provas primariamente apresentado pela parte:

“Para a propositura e procedibilidade da ação de improbidade administrativa, o legislador exigiu a existência de justa causa (‘a ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ...’), a qual será aferida pelo magistrado por meio de um juízo de prelibação, no prazo de trinta dias contados do oferecimento da defesa prévia do requerido (‘... o juiz mandará autuá-la [a inicial] e ordenará a notificação do Agravante, para oferecer manifestação por escrito, (...), dentro do prazo de quinze dias’). Como resultados possíveis do juízo de prelibação, desde que constatada a ausência de justa causa – indícios de autoria e de materialidade da prática do ato de improbidade – nos termos do parágrafo 8º do art. 17 da Lei de Improbidade

Administrativa, o magistrado poderá rejeitar de plano a ação de improbidade administrativa, se (i) convencido da inexistência do ato de improbidade, (ii) da improcedência da ação ou (iii) da inadequação da via eleita.

Essa análise tríade sobre a procedibilidade da ação de improbidade administrativa – existência de justa causa, oferecimento de defesa prévia pelo requerido e juízo de prelibação – não deve jamais ser olvidada, inobservada ou flexibilizada em nome de uma eficiência judicial destinada a imprimir celeridade ao processo judicial, sendo indispensável que o juízo de prelibação não somente exista (dimensão garantista formal), mas que resulte em uma decisão fundamentada em que reste explícita e motivada a existência da justa causa, considerados integralmente todos os argumentos inseridos na defesa prévia do requerido (dimensão garantista material).

(...) A petição inicial deve trazer elementos que comprovem a existência de indícios de ato ímprobo, que permitam inferir a justa causa para o prosseguimento da ação contra cada um dos requeridos. Significa dizer, assim, que não basta mera alegação de existência de ato de improbidade, sendo que tal ato não poderá ser inferido de forma meramente indiciária ou indireta. O que se busca, nessas situações, é perceber, ainda em uma fase preliminar, que o ato ímprobo imputado está sustentado em conjunto probatório suficientemente idôneo a demonstrar sua existência. Dito de outra forma, a petição inicial deve identificar qual a participação concreta ou qual o ato ímprobo praticado por cada um dos requeridos. (...) A existência de justa causa para a propositura da ação deve ser aferida durante o juízo de admissibilidade da petição inicial, também denominado por juízo de prelibação” (OLIVEIRA; SCHIEFLER, 2018, p. 4 e 10).

A intenção era evitar o prosseguimento de ações infundadas ou que não detivessem instrução suficiente, mormente diante dos efeitos sociais e morais que seu trâmite impõe ao acusado.²

O juízo de prelibação da redação normativa anterior assemelha-se ao presente no processo penal, em que primeiro se dá a aferição, pelo juiz, dos pressupostos da denúncia ou

2. “Voto: (...) 1. (...) Em relação ao primeiro ponto, é necessário destacar que a ação civil por improbidade tem uma fase de admissibilidade destacada, para efeitos de melhor controle dos abusos do direito de demandar contra as autoridades, conforme observa Hely Lopes Meirelles (Mandado de Segurança, 25^o ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 217): ‘O § 7^o do art. 17 cria uma fase de defesa prévia dos réus, com a possibilidade de juntada de razões escritas e documentos, após o quê o juiz poderá rejeitar a ação de plano, na forma do § 8^o. Somente após a defesa prévia é que o juiz receberá a ação e mandará efetivamente citar o réu (§ 9^o) – decisão, esta, impugnável por agravo de instrumento (§ 10). O objetivo do novo procedimento, que a princípio pode parecer repetitivo, é o de filtrar as ações que não tenham base sólida e segura, obrigando o juiz – com possibilidade de recurso ao tribunal – examinar efetivamente, desde logo, com atenção e cuidado, as alegações e os documentos da inicial, somente dando prosseguimento àquelas ações que tiverem alguma possibilidade de êxito e bloqueando aquelas que não passem de alegações especulativas, sem provas ou indícios concretos’. Assim, imperioso que se cumpra a disposição do art. 17, § 7^o, da Lei 8.429/92, possibilitando ao agravante a apresentação de defesa preliminar. (...)”

2. Pelo fio do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, para ordenar a notificação prévia do agravante para os efeitos do art. 17, § 7^o, da Lei 8.429/92 e tornar sem efeito o decreto de indisponibilidade dos bens”. (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, TJRS, 2005).

Também neste sentido, por todos: FREITAS, 2005.

queixa, estendendo o seu juízo não apenas aos aspectos formais, mas também a premissas de justa causa para a ação penal, manifesta causa excludente de ilicitude do fato ou do agente, evidente não constituição de crime ou extinção da punibilidade do agente (artigos 395 e 397 do CPP), reforçando a natureza repressiva das ações de improbidade, agora expressamente adotada na nova redação atribuída ao artigo 1º, § 4º, da Lei Federal 8.429/92.

A prática vinha revelando, todavia, certa inocuidade de tal rito processual especial e prévio, uma vez que meros indícios genéricos vinham bastando para recebimento da petição inicial, sem a análise acurada da proporcionalidade dos mesmos diante dos argumentos da defesa e dos reflexos – notadamente sociais – que ações dessa espécie atraem aos acusados, mormente em se considerando que meras irregularidades e responsabilidade civil comum (ativadas, em regra, por culpa em sentido estrito) não se confundem com a gravosa acusação de cometimento de ato ímprobo.

Nesse sentido, há jurisprudência pelo recebimento da inicial diante de contexto meramente indiciário³, diante de dúvida⁴ (posicionando-a a favor do polo acusador, ao invés de ao acusado) e, inclusive, invalidando decisões produzidas no juízo de prelibação meramente genéricas e idênticas a outras produzidas em outras ações⁵, tendo se compreendido que a pendência da decisão sobre o recebimento da petição inicial sequer prejudica a apreciação e

3. “5. É pacífico nesta Corte que, no momento do recebimento da ação de improbidade administrativa, o magistrado apenas verifica se há a presença de indícios suficientes da prática de atos ímprobos, deixando para analisar o mérito, se ocorreu ou não improbidade, dano ao erário, enriquecimento ilícito ou violação de princípios, condenando ou absolvendo os denunciados, após regular instrução probatória.

6. Na espécie, o Tribunal de origem se manifestou pelo recebimento da petição inicial, uma vez que presentes fortes indícios de atos de improbidade administrativa.” (BRASIL, STJ, 2021).

4. “II – O acórdão recorrido está em harmonia com orientação deste Tribunal Superior segundo a qual, na fase de recebimento da inicial da ação de improbidade administrativa, deve-se verificar a presença de indícios da prática de ato ímprobo, ou, fundamentadamente, as razões de sua não apresentação, à luz do princípio do *in dubio pro societate*.” (BRASIL, STJ, 2022).

5. “Agravo de instrumento – Ação civil pública – Improbidade administrativa – Ação Civil Pública de responsabilidade civil pela prática de atos de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público em face do agravante e de mais oito corréus – Decisão interlocutória que recebeu a inicial sem fundamentação adequada – Pretensão de anulação do *decisum* – Possibilidade – Na hipótese dos autos, a inicial foi recebida sem qualquer comentário acerca do mérito das defesas prévias dos corréus, inexistindo uma única linha que verse sobre a presença de indícios de autoria e materialidade de supostos atos de improbidade praticados, limitando-se a decisão interlocutória a elencar genéricos argumentos no que diz respeito à competência para o julgamento e o preenchimento dos requisitos do art. 319, do CPC 2015 – A ausência de fundamentação adequada quanto à verossimilhança do alegado na exordial configurou flagrante violação ao disposto no art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92, art. 489, § 1º, II a IV, do CPC 2015, e art. 93, IX, da CF – Diante dessa realidade, outra não pode ser a solução adotada neste recurso senão a anulação da decisão agravada, com determinação para que o Juízo *a quo*, com base nos elementos de prova carreados aos autos e nas razões deduzidas nas defesas prévias, reaprecie a inicial e, em decisão devidamente fundamentada, a rejeite ou a receba, indicando (se o caso) a presença de indícios de autoria e materialidade acerca da (suposta) prática de atos de improbidade pelos requeridos. Presença da verossimilhança do direito deduzido em Juízo (*fumus boni iuris*) e do risco de demora inerente ao provimento jurisdicional (*periculum in mora*) – Decisão agravada anulada – Recurso provido” (BRASIL, TJSB, 2016).

eventual concessão de tutela cautelar de indisponibilidade de bens dos acusados⁶, ainda que nem recebida, como dito, a petição que inaugura a relação jurídico-processual.

Diante de tal contexto, o legislador compreendeu por bem extinguir referido juízo de prelibação a ser proferido com prévio exercício do contraditório, mas, nem por isso, atraiu à fase de recebimento da petição inicial em ações de improbidade administrativa os meros pressupostos ordinários estampados no processo civil comum.

Nesse sentido, o novo texto normativo contido na Lei Federal 14.230/2021 estabeleceu premissas especiais que devem ser atendidas pela petição inicial que veicular cometimento de ato ímprobo, quais sejam, a individualização da conduta do réu e o apontamento de elementos probatórios mínimos que demonstrem a ilicitude imputada, salvo impossibilidade devidamente fundamentada (artigo 17, § 6º, I), bem como instrução com documentos e justificação que contenham indícios suficientes quanto à veracidade dos fatos e do dolo imputado ou razões fundamentadas quanto à impossibilidade de fazê-lo (artigo 17, § 6º, II).

Por conseguinte, previu o legislador que não apenas a “petição inicial será rejeitada nos casos do art. 330 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)”, isto é, naqueles em que qualquer petição inicial cível o seria, mas também “quando não preenchidos os requisitos a que se referem os incisos I e II do § 6º deste artigo, ou ainda quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado”, conforme redação atribuída ao § 6º-B do artigo 17 em referência.

Apenas se atendidos tais pressupostos o juiz mandará autuar e ordenará a citação dos acusados para que “contestem no prazo comum de 30 (trinta) dias” (art. 17, § 7º).

Depreende-se do texto normativo que não houve a exclusão integral, então, do juízo de prelibação, uma vez que as mesmas premissas antes afirmadas, quanto à necessidade de a petição inicial trazer consigo conjunto ao menos indiciário e suficiente, bem como quanto ao juiz dever aferir se é o caso de manifesta inexistência do ato de improbidade, revelam-se integralmente mantidas pelo legislador e, mais, o inciso I do § 6º do artigo 17 traz a previsão de que tal conjunto mínimo de documentos e justificação não deve ser genérico, mas

6. “1. Cuida-se, na origem, de Agravo de Instrumento interposto contra decisão que determinou a indisponibilidade de bens do ora agravante ‘inaudita altera pars’. A Ação Civil Pública foi proposta com base em alegadas irregularidades em compras efetuadas pela Prefeitura de Alcinoópolis.

2. ‘O fato de a Lei 8.429/1992 prever contraditório prévio ao recebimento da petição inicial (art. 17, §§ 7º e 8º) não restringe o cabimento de tais medidas, que têm amparo em seus arts. 7º e 16 e no poder geral de cautela do magistrado, passível de ser exercido mesmo ‘inaudita altera pars’ (art. 804 do CPC)’ (EDcl no Ag 1.179.873/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12.3.2010). No mesmo sentido: REsp 880.427/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 4.12.2008.

3. A jurisprudência do STJ encontra-se pacificada, inclusive sob o rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008 (REsp 1.366.721/BA, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Og Fernandes, julgamento em 26.2.2014, ainda não publicado), no sentido de que, para a Medida Cautelar de indisponibilidade de bens, prevista na LIA, basta comprovar a verossimilhança das alegações, pois, pela própria natureza do bem protegido, o legislador dispensou o requisito do perigo da demora. Nesse sentido: REsp 1.319.515/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 21.9.2012.” (BRASIL, STJ, 2014).

vinculado à conduta individualizada e demonstrativo do específico ilícito (se referente a enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou descumprimento de princípios da Administração Pública) e do dolo atribuídos na petição inicial.

Portanto, o novel diploma reforça se tratar de decisão preliminar conectada com a apreciação de mérito, ainda que sumária e obtemperada pelo Magistrado diante da hipótese de haver aprofundamento probatório pertinente que, diante do conjunto indiciário inicial, afaste o juízo pela manifesta inexistência individual e dolosa de ato ímprobo.

O que se afastou foi a manifestação prévia do acusado, haja vista que, agora, o retrocitado juízo se dá sem o necessário e prévio exercício do contraditório, tendo sido ampliado, por outro lado, o prazo de contestação, para 30 (trinta) dias, suplantando o da legislação anterior e o atribuído à defesa no rito processual cível comum.

Parece-nos questionável, sob a perspectiva do fiel exercício do contraditório e da ampla defesa (garantias constitucionais fundamentais: artigo 5º, LV, da Constituição Federal), que a manutenção do mesmo conteúdo material da decisão judicial pudesse ser acompanhada de supressão de oportunidade de defesa, tão importante como é para que de sua exposição dialética e dos documentos carreados melhor compreendesse o juiz o eventual desacerto da pretensão acusatória ou até mais seguro estivesse quanto à pertinência lógica da acusação, de modo que, ainda que tenha se elaborado críticas quanto à realidade jurisprudencial a amesquinhar o juízo de prelibação, fato é que mantê-lo, suprimindo apenas a oportunidade de defesa prévia do réu, revela-se de patente contrassenso.

Por conseguinte, passou o legislador a prever que apenas “Da decisão que rejeitar questões preliminares suscitadas pelo réu em sua contestação caberá agravo de instrumento”, de modo a não repetir o dispositivo anterior que afirmava que da decisão de recebimento, ou não, da petição inicial, cabia agravo de instrumento (revogada redação do § 10 do artigo 17), induzindo à indagação se o silêncio normativo é eloquente, isto é, se revela o não permissivo ao recurso sobre a decisão interlocutória de recebimento da petição inicial.

Creemos que não.

Da aferição da nova redação normativa se depreende, como dito, o substancial mesmo conteúdo material da decisão que receberá, ou não, a petição inicial em ações que veiculem cometimento de atos de improbidade administrativa – tornando-o até mais intenso, uma vez que voltado também à aferição do elemento subjetivo do agente –, suprimindo tão somente o dever de o juiz assegurar a manifestação prévia do acusado, tudo o quanto se dava (e se dá) diante da natureza especial e de repercussão metaindividual das ações de improbidade administrativa a inviabilizar o seu prosseguimento se não houver causa proporcional para tanto.

Se assim não fosse, sequer haveria razão para que os pressupostos substantivos da petição inicial (individualização da conduta e apontamento de elementos probatórios mínimos acerca da veracidade dos fatos e do dolo imputado) fossem objeto de aferição, em vez de sê-lo apenas em sentença após a cognição exauriente e se limitando a fase preliminar aos quadrantes ordinários do artigo 330 do CPC.

E se há decisão com conteúdo material relevante para aquele momento preliminar, evitando-se os ônus desproporcionais do prosseguimento da ação, evidencia-se a pertinência da aferição recursal de sua retidão ainda em fase preliminar e não apenas quando de eventual

apelação (quando já consumados todos os prejuízos sociais, políticos, administrativos e econômicos decorrentes da longa instrução processual, independentemente se julgada improcedente a ação).

Se antes, portanto, o agravo de instrumento se dava pela serena redação atribuída ao § 10 do artigo 17 da Lei Federal 8.429/92, agora se dá, em rigor, pela aplicação subsidiária do processo civil comum (expressamente determinada pelo *caput* do artigo 17, com a redação dada pela Lei Federal 14.230/21), de modo que a adequada exegese sobre o artigo 1.015 do Código de Processo Civil propicia, conforme já deliberado pelo Superior Tribunal de Justiça sob o regime vinculativo dos recursos repetitivos, a interposição de agravo de instrumento sempre que verificada a “urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”⁷.

Se há pressupostos inerentes à fase de recebimento da petição inicial – e não à sentença – é evidente que a sua apreciação futura consumará dano caso indevida a decisão jurisdicional da qual se pretendeu recorrer, atraindo-se as noções de urgência e de inutilidade do provimento recursal se apenas ao final.

São os termos bastantes para se depreender haver, ainda, após as modificações trazidas pela Lei Federal 14.230/21, pressupostos de mérito e de conjunto indiciário suficiente vinculado aos fatos, à conduta individualizada e ao elemento subjetivo imputados pela petição inicial acusatória que devem ser aferidos previamente pelo juiz como condição para o recebimento da petição inicial em ações de improbidade administrativa, cuja decisão desafia agravo de instrumento.

3. DA VINCULAÇÃO DA ASSESSORIA JURÍDICA PÚBLICA À DEFESA DO ATO

A Advocacia Pública é órgão de Estado instituído com vistas à representação judicial e extrajudicial das pessoas jurídicas de direito público, inclusive à sua consultoria e assessoramento jurídico (artigo 131 da Constituição da República).

Não se vincula às pessoas naturais que, transitoriamente, ocupam os cargos públicos, através das quais o Estado (que, como pessoa jurídica que é, revela-se enquanto uma técnica jurídica que visa conceder personalidade autônoma a um conjunto de pessoas ou bens para a promoção de fins comuns⁸) exterioriza os seus misteres, não obstante componham, os agentes públicos (quando atuam nesta condição) e as pessoas jurídicas de direito público, a noção de Administração Pública (DI PIETRO, 2014, p. 55).

Quando a Advocacia Pública promove a defesa das pessoas naturais é porque, em regra, elas figuram, então, como representantes do Estado, de modo que os atos daquelas vinculam este, atraindo obrigações e responsabilidade.

A defesa, no entanto, de determinada pessoa natural, pessoalmente acusada de malfeito, isto é, quanto lhe é imputada conduta própria a extravasar os quadrantes de seu adequado

7. BRASIL, STJ, 2018.

8. GONÇALVES, 2012, p. 219-220.

ofício público – a acarretar constrição de seu patrimônio ou restrição de seus direitos pessoais, não apenas alheios à pessoa jurídica de direito público, como tendo como destino justamente o seu proveito quando sob a ótica de pedidos patrimoniais –, pode, em harmonia com a Constituição, dar-se pela Advocacia Pública?

A validação pretérita do ato do agente pela Advocacia Pública torna mais potente a vinculação desta com aquele, a ponto de defender o emitente, mesmo se o êxito da defesa implique na interrupção de eventual proveito econômico ao órgão público que, primariamente, cabe ao advogado público defender? Se o ato se revela contrário ao interesse público, ainda que outrora validado pela Advocacia Pública, prevalece o dever desta em defender o emitente do ato ou os interesses da pessoa jurídica de direito público à qual se vincula?

Enfim, são questões tormentosas que trazem, não de hoje, discussões e ponderações, mormente porque não se deve olvidar do problema pragmático que a atuação sob o princípio da legalidade estrita (que reina no ambiente jurídico-administrativo) atrai ao agente público que não domina a ciência do Direito, de modo que a delegação de sua defesa para si próprio por atos exarados ao tempo da ocupação de cargo público atrairá, cedo, custos e dispêndios notáveis, de justiça questionável, mormente quando atendeu, à época, à diretriz técnica do que seria a “vontade do Direito” por quem é, distintamente do agente, ocupado de sua exegese.

Isso posto, impende destacar que o tema não é de todo novo.

Quando das relevantes alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei Federal 13.655/2018 constava, no projeto original (de autoria do Senador Antonio Anastasia, do PSDB/MG), o seguinte texto então atribuído ao § 2º do artigo 28º: “O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências e em observância ao interesse geral terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa.”

Referido dispositivo veio, todavia, a ser vetado pelo então Presidente da República Michel Temer, cujas justificativas se concentraram em:

“Os dispositivos criam direito subjetivo para o agente público obter apoio e defesa pela entidade, em qualquer esfera, decorrente de ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências, inclusive nas despesas com a defesa. Tal como se apresenta, fica caracterizada a não exclusividade do órgão de advocacia pública na prestação, podendo impor a cada entidade dispêndio financeiro indevido, sem delimitar hipóteses de ocorrência de tais apoios nem especificar o órgão responsável por esse amparo, o que poderia gerar significativos ônus sobretudo para os entes subnacionais.”¹⁰

9. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2130119]. Acesso em: 29.11.2022.

10. Disponível em: [<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7725430&ts=1630407880982&disposition=inline>]. Acesso em: 29.11.2022.

O veto foi mantido pelo Senado Federal por 26 votos contra 20 por sua rejeição, tendo prevalecido, portanto, a percepção pragmática de que, não obstante o cabimento do apoio da entidade na defesa do agente público, impô-la como regra atrai dispêndio financeiro a cada órgão público sem submetê-lo à descrição de hipóteses de cabimento que garantam a pertinência da medida.

Trata-se de exegese que não se distingue, substancialmente, daquela que resulta da recente deliberação do Supremo Tribunal Federal.

Isso pois decidiu a Corte Constitucional pela inconstitucionalidade da atribuição de legitimidade ativa apenas ao Ministério Público para a propositura de ações de improbidade administrativa (prevista na nova redação do artigo 17, *caput*, da LIA), estendendo-a, então, às pessoas jurídicas interessadas (ADIs 7042 e 7043, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 31.08.2022), premissa que estabeleceria paradoxo danoso de que a Advocacia Pública estaria legitimada para propor ações mas, ao mesmo tempo, vinculada, eventualmente, à defesa dos réus, se figurar no polo passivo quem compusera os quadros do órgão público e lograra aprovação do ato impugnado pela assessoria jurídica.

Não obstante, a própria Corte tratou de redesenhar a exegese sobre o texto normativo e estabeleceu (nas mesmas ADIs supracitadas), então, a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do § 20 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, no sentido de que: “(...) não existe obrigatoriedade de defesa judicial, havendo, porém, a possibilidade dos órgãos da Advocacia Pública autorizarem a realização dessa representação judicial, por parte da assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia.”

O quadrante estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal concretiza, de fato, o quanto se revela lógico diante da “retomada” da legitimidade ativa para a propositura de ações de improbidade administrativa por parte das pessoas jurídicas de direito público interessadas, de modo a não tornar obrigatória a defesa dos agentes acusados pelo órgão público que antes nomeara aqueles em seus quadros, submetendo a pertinência da defesa à mera autorização (e não obrigação) normativa.

O ponto que remanesce, todavia, é qual o quadrante dos critérios para a aludida autorização.

Creemos que o mote decisório concreto deva ser, diante da premissa de constitucionalidade da defesa do agente pela Advocacia Pública, a aferição de inexistência de conflito de interesses, no caso concreto, entre o agente acusado e o órgão público ao qual compete a defesa, primariamente, pela advocacia pública, ocasião em que, por primazia constitucional, é aquele a ser o preterido.

Há de se considerar que, se a ação não for proposta pela própria pessoa jurídica interessada e à qual antes se vinculava o agente acusado, mas o for pelo Ministério Público ou outro legitimado, a hipótese de conflito de interesses é relativa, isto é, depende de a pessoa jurídica vislumbrar pertinência de intervir no processo pelo polo ativo, conforme lhe “faculta” o artigo 17, § 14, da nova redação da Lei Federal 8.429/92.

Trata-se de sistemática, ademais, análoga à vigente para as demais ações de cunho coletivo que tragam influxo na esfera jurídica de órgãos públicos, como se dá com as ações civis públicas e ações populares, no âmbito das quais é facultada a composição de litisconsórcio

(ativo ou passivo) às pessoas jurídicas interessadas (artigo 5º, § 2º, da Lei Federal 7.347/1985), optando se integrarão o polo ativo, o polo passivo ou se se absterão de participação (artigo 6º, § 3º, da Lei Federal 4.717/1965).

Desse modo e tendo como premissa a satisfação do interesse público, cabe ao órgão de representação da pessoa jurídica interessada deliberar quanto, à luz dos fundamentos da petição inicial acusatória e daqueles que compuseram o ato administrativo cujo emitente outrora lograra a aprovação jurídica, se melhor atende aos seus parâmetros normativos de atuação fazê-lo em litisconsórcio ativo, compondo-se com o autor, ou em defesa do ato, hipótese em que lhe será autorizada a defesa não apenas da pessoa jurídica interessada, como também do agente público que antes compôs os seus quadros.

Obtempera-se, por evidente, que o interesse público a ser perseguido pela advocacia pública jamais se deve confundir com o viés econômico de benefício à pessoa jurídica interessada (o qual não compõe mesmo o conceito de interesse público primário, mas, quando muito, do secundário¹¹), mas, sim, com a percepção de melhor coerência jurídico-normativa diante dos quadrantes do ordenamento a perfazerem retidão na versão da acusação ou na que compôs o ato impugnado, de certo que a anterior aprovação deste pela Advocacia Pública é elemento de ponderação que obrigatoriamente deve constar na decisão que adotar quanto à sua postura processual, atribuindo-se peso adicional à perspectiva de defesa do quanto antes validara, à luz de valores juridicizados como os da boa-fé, moralidade administrativa, segurança jurídica e legítima confiança dos que agem sobre os contornos do órgão institucional de assessoramento jurídico.

Registre-se a ressalva, ademais e a despeito de sua obviedade, de que a defesa do agente acusado de incursão em ato de improbidade administrativa pela assessoria jurídica pública que outrora aprovava o ato impugnado pressupõe a vontade de tal patrocínio por aquele, mormente porque, a despeito dos ônus e dispêndios inerentes à defesa, se decidir fazê-lo autonomamente à luz de premissa de confiança, por exemplo, nada impede que assim o faça, de modo que à Advocacia Pública compete a adoção de decisão administrativa fundamentada pela autoridade competente quanto à sua disponibilidade, noticiando-a ao interessado e, assim feito, prostrar-se em latência até que estimulada ao exercício da ampla defesa do acusado.

4. DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL

A nova Lei de Improbidade prevê a possibilidade de solução consensual do conflito levado a efeito na ação correspondente (art. 17, § 10-A), mediante composição entre as partes no prazo da contestação, bem como a possibilidade de celebração de acordo de não persecução civil, em qualquer fase do processo, constituindo tais instrumentos faces da nova configuração do atual regime de direito administrativo marcado pelo que se convencionou denominar de “consensualismo”.

11. “Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (MELLO, 2019, p. 62).

4.1. *Administração Pública consensual*

A Administração consensual ou o consensualismo constitui a atuação estatal, no âmbito administrativo ou judicial, por meio de acordos em sentido amplo, abrangendo acordos judiciais, administrativos, intragovernamentais, contratos e ajustes, revelando uma técnica de gestão administrativa com vistas à terminação consensual de conflitos envolvendo a Administração Pública, sob uma visão contemporânea do Direito Administrativo de ação menos imperativa e mais dirigida à negociação.¹²⁻¹³

4.2. *Acordo de não persecução civil como instrumento consensual de solução de litígio*

Sob o influxo do consensualismo, surge a figura do acordo de não persecução civil na nova Lei de Improbidade como mais um atual instrumento de atuação da Administração Pública contemporânea, com vistas a pôr fim ao conflito qualificado pela improbidade, mediante o ressarcimento à pessoa jurídica prejudicada.

Nesse sentido, o acordo de não persecução civil deve ser contextualizado dentro de inúmeros outros instrumentos característicos do consensualismo, a exemplo da solução consensual preconizada no Código de Processo Civil (art. 3º, § 2º; e 175), o compromisso de ajustamento de conduta previsto na Lei nº 7.347/85, aplicação da arbitragem à Administração (art. 1º, § 1º, da Lei 9.307/1996), a composição (arts. 32 e 33 da Lei 13.140/2015), bem como o acordo de leniência (art. 16 da Lei 12.846/2013).

4.3. *Momento da celebração*

O acordo de persecução civil pode ser celebrado no curso da investigação do ilícito, na ação de improbidade ou mesmo no momento da execução (art. 17-B, § 4º).

Já sob o influxo da nova Lei de Improbidade, o Superior Tribunal de Justiça homologou acordo de não persecução civil no âmbito recursal, considerando a redação da nova Lei de Improbidade que viabiliza a celebração do acordo “até mesmo no momento de execução da sentença”.¹⁴

4.4. *Competência*

A nova Lei de Improbidade prevê expressamente que cabe ao Ministério Público “celebrar acordo de não persecução civil” (art. 17-B), sendo que as negociações serão realizadas entre o referido órgão e o investigado/demandado e seu defensor (art. 17-B, § 5º).

12. DE PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 111-112.

13. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 356.

14. BRASIL, STJ, 2022.

A controvérsia acerca da competência para celebração do acordo fica por conta da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 7042 e 7043, que declarou inválidos dispositivos da nova Lei de Improbidade e reconheceu a competência concorrente entre o Ministério Público e os entes públicos lesados para a propositura da ação e para a celebração de acordos de não persecução civil.¹⁵

4.5. Condições

Prevê a nova Lei de Improbidade determinadas condições para a celebração do acordo de não persecução civil, previstas no artigo 17-B, notadamente: (i) o integral ressarcimento do dano (art. 17-B, I), (ii) a reversão da vantagem obtida à pessoa jurídica prejudicada (art. 17-B, II), (iii) a oitiva do ente lesado (art. 17-B, § 1º, I), (iv) homologação judicial (art. 17-B, § 1º, III) e, se anterior ao ajuizamento de ação, (v) de aprovação pelo órgão do Ministério Público responsável pelo arquivamento de inquérito civis, no prazo de até 60 dias (art. 17-B, § 1º, II),

4.6. Discricionariedade

Para além dos requisitos objetivos para a celebração do acordo, prevê a lei condições acessórias que poderão ensejar, em tese, alguma subjetividade da autoridade competente, a saber: “a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso” (art. 17-B, § 2º).

A fluidez de conceitos, a exemplo de “natureza”, “gravidade”, “vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso”, poderá induzir à aludida margem interpretativa por parte da autoridade competente para a realização do acordo.

15. STF, ADI 7042 e ADI 7043, rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, j. 31.08.2022: “O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação direta para: (a) declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do ‘caput’ e dos §§ 6º-A e 10-C do art. 17, assim como do ‘caput’ e dos §§ 5º e 7º do art. 17-B, da Lei 8.429/1992, na redação dada pela Lei 14.230/2021, de modo a restabelecer a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil; (b) declarar a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do § 2º do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021, no sentido de que não existe “obrigatoriedade de defesa judicial”; havendo, porém, a possibilidade dos órgãos da Advocacia Pública autorizarem a realização dessa representação judicial, por parte da assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público, nos termos autorizados por lei específica; (c) declarar a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 14.230/2021; e, em consequência, declarou a constitucionalidade: (a) do § 14 do art. 17 da Lei 8.429/1992, incluído pela Lei 14.230/2021; e (b) do art. 4º, X, da Lei 14.230/2021. Tudo nos termos do voto ora reajustado do Relator, vencidos, parcialmente, os Ministros Nunes Marques, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, nos termos de seus votos. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 31.8.2022.”

Nesse sentido, quando a lei se utiliza de conceitos com certa imprecisão, fluidez e, nessa medida, plurissignificativos, atribui-se margem de liberdade para a autoridade atuar o campo de indeterminação normativa, por meio do seu juízo discricionário.¹⁶

No entanto, a liberdade da autoridade competente para avaliar o cumprimento das condições para acordo no caso concreto não é ilimitada, pois, conforme lição do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, a finalidade da norma deve ser sopesada com o motivo do ato que, no caso concreto, nega a celebração do acordo, de forma a avaliar a razoabilidade da decisão a partir dos seus pressupostos de fato e o seu alinhamento à finalidade legal.¹⁷

Até porque o acordo de não persecução civil constitui mecanismo não só de interesse do ente público prejudicado, de ver o integral ressarcimento de valores que lhe foram desfalcados, como também encerra um direito subjetivo do acusado na hipótese de ver preenchidos os requisitos para sua celebração.

Assim, preenchidos os requisitos legais para a celebração do acordo, deve a autoridade competente, atenta à finalidade legal do instituto de ressarcir integralmente os cofres públicos de forma célere, proceder à sua formalização, em respeito, também, ao direito subjetivo da parte interessada.

4.7. *Acordo de não persecução civil x acordo de leniência*

Com a institucionalização do acordo de não persecução civil pela nova Lei de Improbidade Administrativa, surge a questão da efetividade do acordo de leniência no atual contexto jurídico e dos órgãos de controle.

Isso porque a denominada Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) instituiu o acordo de leniência (art. 16), a ser celebrado entre o ente e a pessoa jurídica responsável pelo chamado ato de corrupção que colabore de forma efetiva com as investigações.

No caso, a pessoa jurídica que colabore efetivamente com as investigações, identificando os demais envolvidos, quando possível (art. 16, I), e disponibilize informações que comprovem o ilícito (art. 16, II), poderá ser isenta das penas de publicação extraordinária da decisão condenatória, de proibição ao recebimento de incentivos de instituições controladas pelo poder público pelo prazo de 01 a 05 anos, além de ter a redução da multa (art. 16, § 2º), desde que cumpra os demais requisitos legais.

Além de ter como requisito a colaboração efetiva da pessoa jurídica interessada nas investigações, a formalização do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção, o que não se aplica ao acordo de não persecução civil previsto na lei de improbidade.

Ainda, a multa no acordo de leniência não é afastada, apesar de poder ser reduzida em até 2/3 (§ 2º do art. 16), mantendo a penalidade em paralelo à obrigação de ressarcir integralmente o dano.

16. BANDEIRA DE MELLO, 2016, p. 999.

17. BANDEIRA DE MELLO, 2016, p. 1008-1009.

O acordo de leniência possui requisitos mais complexos do que o de não persecução civil, além de consequências e benefícios menos interessantes aos réus.

Cabe ressaltar que a Lei de Improbidade Administrativa prevê, no § 2º do seu artigo 3º, que as sanções da lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa “seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013”.

A questão que se apresenta é se o mencionado dispositivo determina apenas o regime de sanções da Lei 12.846/2013, quando o ato praticado pela pessoa jurídica possa, também, ser sancionado pela Lei de Improbidade, ou se previsão da incidência do regime de sanções daquela atrai, da mesma forma, o regime de benefícios incidentes, tal como o acordo de leniência.

Cite-se, como exemplo, uma hipótese da incidência comum aos dois sistemas, de improbidade e anticorrupção, a infração consubstanciada em frustrar o caráter concorrencial de procedimento licitatório.

Nesse contexto, diante da previsão do § 2º do seu artigo 3º da Lei de Improbidade, o regime aplicável será, integralmente, o decorrente da Lei Anticorrupção, não sendo possível, por coerência lógica, proceder ao recorte legal entre os dois sistemas jurídicos para pretender atribuir ao caso o regime sancionatório da Lei Anticorrupção e o plexo de benefícios da lei de improbidade.

Dessa forma, o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção não perde sua efetividade diante do advento da Lei de Improbidade Administrativa, pois, há disposição legal expressa no sentido de privilegiar o sistema sancionatório da Lei Anticorrupção na hipótese de incidência comum, o que logicamente se estende aos demais aspectos da lei.

5. CONCLUSÃO

O artigo analisa relevantes aspectos adjetivos da nova Lei de Improbidade, notadamente o novo juízo de prelibação, a vinculação da assessoria jurídica pública à defesa do ato, bem o acordo de não persecução civil.

No que respeita ao novo juízo de prelibação, a análise recai sobre o regime anterior e sua semelhança com o verificado no processo penal, o que reforça a natureza repressiva das ações de improbidade, não obstante a prática evidenciar a inocuidade da garantia, visto que o recebimento da inicial prescindia de uma análise acurada do preenchimento dos requisitos para o recebimento da inicial, ignorando os efeitos sociais e morais que o trâmite da ação de improbidade, por si só, impõe ao acusado.

O novo regime estabelece premissas especiais que devem ser atendidas pela petição inicial que veicular cometimento de ato ímprobo que, se não atendidas, determinará sua rejeição, na forma do art. 330 do CPC e incisos I e II do § 6º do artigo 17 da lei, de tal forma que não houve exclusão do regime de prelibação, mas o silêncio legal acerca da manifestação prévia da defesa, o que não pode ser entendido como supressão necessária da garantia sob a perspectiva do exercício do contraditório e da ampla defesa.

Da mesma forma, o silêncio legal acerca da viabilidade do recurso de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória de recebimento da petição inicial não induz ao seu não cabimento, pois referida decisão possui conteúdo material relevante, evitando-se os ônus desproporcionais do prosseguimento da ação, de tal forma que a viabilidade recursal decorre da adequada exegese sobre o artigo 1.015 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao regime de improbidade, considerando a posição consolidada acerca do seu conteúdo jurídico pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo.

Quanto à vinculação da Advocacia Pública à defesa do ato, a abordagem passa pelo seu desenho institucional, o processo legislativo histórico com a tentativa de inclusão da regra na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a atual previsão na Lei de Improbidade, culminando com a definição da questão pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento das ADIs 7042 e 7043, de forma a afastar sua obrigatoriedade e atribuir à defesa do agente pela Advocacia Pública o perfil de mera autorização legal.

Dessa forma, diante da premissa de constitucionalidade da defesa do agente pela Advocacia Pública, a questão a ser considerada é a aferição de inexistência de conflito de interesses, no caso concreto, entre o agente acusado e o órgão público ao qual compete a defesa, sendo certo que a anterior aprovação do ato pela Advocacia Pública é elemento de ponderação que obrigatoriamente deve constar na decisão que adotar quanto à sua postura processual.

Por fim, o artigo analisa o instituto do acordo de não persecução civil previsto na Lei de Improbidade Administrativa, o qual deve ser contextualizado dentro da visão contemporânea da Administração consensual, como instrumento voltado à solução de conflitos, sendo abordados os aspectos do momento da sua celebração, competência, a discricionariedade limitada da autoridade competente para firmar o acordo e, finalmente, a inexistência de conflito entre o acordo de não persecução civil e o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção.

6. REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FREITAS, Juarez. O princípio jurídico da moralidade e a Lei de Improbidade Administrativa. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 5, n. 48, fev. 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. I.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho de. Justa causa e juízo de prelibação (admissibilidade) na ação de improbidade administrativa: proteção e preservação dos direitos e garantias dos Agravantes frente à busca de maior eficiência judicial no combate à corrupção na era da Operação Lava Jato. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 9, p. 31-54, 2018.

7. JURISPRUDÊNCIA

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 460.279/MS*, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 07 out. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.696.396/MT*, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05 dez. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp 1.655.871/PR*, Rel(a). Min(a). Regina Helena Costa, j. 14 mar. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 1.823.133/MG*, Rel. Min. Og Fernandes, j. 09 nov. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EAREsp 102585/RS*, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Seção, DJ 05.04.2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIs 7.042 e 7.043*, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 31 ago. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento 2103620-38.2016.8.26.0000*, Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti, 4ª Câmara de Direito Público, j. 05 dez. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *AI 70011311883*, Rel. Des. Araken de Assis, j. 15 jun. 2005.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Processual

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Acordo de não persecução cível na improbidade administrativa eleitoral, de Armando Antonio Sobreiro Neto e Eduardo Cambi – *RePro* 318/315-338;
- Ativismo judicial, indisponibilidade de bens e ação de improbidade administrativa, de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Gustavo Henrique Schneider Nunes – *RePro* 231-250;
- Ética da discussão e princípios da administração pública: o administrador público mentiroso e a improbidade administrativa, de Caroline Müller Bitencourt e Janriê Rodrigues Reck – *RNAI* 17/43-64;
- Improbidade administrativa e o acordo de não persecução civil, de Edilson Pereira Nobre Júnior – *RNAI* 21/301-307;
- Improbidade administrativa, processo coletivo e a Lei 14.230/2021: consensos e dissensos numa coautoria, de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. – *RePro* 338/299-312;
- O acordo de leniência e a derrogação tácita da vedação para realização de acordo no âmbito da improbidade administrativa, de Américo Bedê Junior e Lara Carvalho Breda – *RePro* 314/249-282;
- Os acordos de não persecução cível na seara da improbidade administrativa: impactos trazidos pela Lei 14.230/2021, de Rita Tourinho – *RNAI* 25/157-193; e
- Panorama crítico da Lei de Improbidade Administrativa, com as alterações da Lei 14.230/2021, de José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti – *RNAI* 20/97-141.

LIMA, José Jerônimo Nogueira de; RIGAMONTI, Thiago Reis Augusto. Pontos polêmicos instrumentais na nova Lei de Improbidade Administrativa: juízo de prelibação, vinculação da assessoria jurídica à defesa do ato e acordo de não persecução civil. *Revista dos Tribunais*. vol. 1052. ano 112. p. 19-36. São Paulo: Ed. RT, junho 2023.