O termo de ajustamento de conduta como instrumento de consensualidade na improbidade administrativa

The conduct adjustment term as a consensuality instrument in administrative improbity

Lucas Bossoni Saikali ¹

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)

<https://orcid.org/0000-0001-6589-4269>

saikalilucas@gmail.com

Flávio Garcia Cabral ²

Escola do Ministério Público em Mato Grosso do Sul
(Campo Grande, Mato Grosso do Sul, Brasil)

<https://orcid.org/0000-0002-8128-314X>

flaviocabral_@hotmail.com

Recebido em: 15.11.2020

Aceito em: 28.11.2020

Resumo:

O presente artigo analisa a realização de negócios jurídicos, em especial do Termo de Ajustamento de Conduta, no âmbito das ações de improbidade administrativa. A temática da consensualidade envolvendo a Administração Pública foi uma das tônica do debate do Direito Público na última década, tanto em razão de uma releitura dos tradicionais paradigmas do Direito Administrativo quanto em razão da imposição prática que tem exigido uma atuação compatível com o caráter democrático do Estado de Direito, pautadas na supremacia do interesse público e da prevalência dos direitos fundamentais. Essa tendência é identificada, por exemplo, pela edição da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação) e pelas mudanças realizadas à LINDB – que expressamente permitem a realização de meios alternativos de soluções de conflitos na esfera da Administração Pública. As alterações promovidas pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecido como Pacote Anticrime, admitiram a celebração de acordos de não persecução cível como maneira de aplicar as sanções por conta do cometimento de atos de improbidade administrativa. Um dos instrumentos por excelência utilizados pelo Ministério Público nos casos em que transaciona com agentes públicos ou privados é o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Nesse diapasão, estuda-se a natureza jurídica do TAC e sua aplicabilidade no combate aos atos ímprobos

Como citar: SAIKALI, Lucas Bossoni; CABRAL, Flávio Garcia. O termo de ajustamento de conduta como instrumento de consensualidade na improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica*, Avaré, v. 2, n. 1, p. 27-52, jan./abr. 2021. doi: 10.51284/RBPJ.2.saikali

¹ Mestre em Direito pela PUCPR. Editor Adjunto da International Journal of Digital Law - IJDL. Assessor Técnico da Secretaria de Estado da Fazenda do Paraná. E-mail: saikalilucas@gmail.com

² Estágio de Pós-Doutorado em Direito pela PUCPR e Doutorado em Direito Administrativo pela PUC-SP e. Coordenador e Professor da Pós-Graduação da Escola de Direito do Ministério Público em Mato Grosso do Sul (EDAMP). Procurador da Fazenda Nacional. E-mail: flaviocabral_@hotmail.com.

de forma a evitar a tutela judicial – e que ganhou força com a edição da Resolução nº 179/2017 pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Ao final, conclui-se ser possível a realização de negócios jurídicos no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, diante da permissão expressada no novel artigo 17, §1º no referido diploma legal. Ainda, sustenta-se a constitucionalidade da realização de TAC entre o Ministério Público e o agente ímprobo, na medida em que o MP não estaria dispondo de direitos transindividuais ou deixando de perquirir o interesse público. A metodologia utilizada no trabalho é a hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa a documentação indireta.

Palavras-chave:

Consensualidade administrativa. Direitos indisponíveis. Improbidade administrativa. Negócio jurídico. Termo de Ajustamento de Conduta.

Abstract:

This article analyzes the conduct of legal transactions, in particular the Conduct Adjustment Term, within the scope of actions of administrative improbity. The issue of consensuality involving Public Administration has been one of the keynotes of the debate on Public Law in the last decade, both because of a re-reading of the traditional paradigms of Administrative Law and because of the practical imposition that has required action compatible with the democratic character of the Rule of law, based on the supremacy of the public interest and the prevalence of fundamental rights. This trend is identified, for example, by the edition of Law No. 13,140, of June 26, 2015 (Mediation Law) and by the changes made to LINDB - which expressly allow the realization of alternative means of resolving conflicts in the sphere of Public Administration. The amendments promoted by Law No. 13.964, of December 24, 2019, known as the Anti-Crime Package, admitted the realization of civil non-prosecution agreements as a way to apply the sanctions due to the commission of acts of administrative impropriety. One of the instruments par excellence used by the Public Prosecutor's Office when dealing with public or private agents is the Conduct Adjustment Term (TAC). In this tuning fork, the legal nature of the TAC and its applicability in the fight against unlawful acts are studied in order to avoid judicial protection - and which gained strength with the edition of Resolution No. 179/2017 by the National Council of the Public Ministry. In the end, it is concluded that it is possible to conduct legal transactions under the Administrative Improbity Law, given the permission expressed in the novel art. 17, paragraph 1 in the referred legal diploma. Furthermore, the constitutionality of the TAC between the Public Prosecutor and the unlawful agent is maintained, insofar as the MP would not have transindividual rights or fail to pursue the public interest. The methodology used in the work is hypothetical-deductive and the research technique is indirect documentation.

Keywords:

Administrative Consensuality. Unavailable rights. Administrative improbity. Unavailable rights. Legal business. Conduct Adjustment Term.

1. Introdução

Como é de sua natureza, a prática do Direito está em constante transformação, sempre se adequando ao momento histórico (VENTURI, 2016). Nesse diapasão, nos últimos anos, é possível observar a existência de novos instrumentos jurisdicionais no Direito brasileiro. Isto se dá em razão de uma constante busca pela consensualidade nos âmbitos público e privado, que tem como intenção encontrar alternativas ao convencional processo litigioso, sob a égide um julgador imparcial que sentencia a lide após a reunião das provas produzidas pelas partes envolvidas. Em muitos casos, o que se procurar, em verdade, é a possibilidade de transacionar e litigar sem qualquer envolvimento do Poder Judiciário, possibilitando, assim, que as partes envolvidas ajustem espontaneamente os termos para solucionar a problemática jurídica que os envolve.

Por conta disso, a temática da consensualidade envolvendo a Administração Pública emerge nesta discussão, tanto em razão de uma releitura dos tradicionais paradigmas do Direito Administrativo quanto em razão da imposição prática que tem exigido uma atuação compatível com o caráter democrático do Estado de Direito, pautadas na supremacia do interesse público e da prevalência dos direitos fundamentais. Referida mudança fica evidente ao se analisar as inúmeras alterações legislativas verificadas no ordenamento jurídico brasileiro nesta década. Não são poucos os diplomas legais que permitem a realização de negócios jurídicos, dentre os quais: a Lei nº 12.850/2013, que permite a realização da colaboração premiada, sendo este negócio jurídico material e processual (DIDIER JR., BOMFIM, 2017) e a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que permite a realização dos acordos de leniência. Além das legislações supracitadas, sobreleva ressaltar a crescente utilização dos meios alternativos de solução de conflitos em território brasileiro, regulamentados com maior ênfase através do Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), pela Lei nº 13.129/2015 (Lei da Arbitragem) e pela Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação).³

Inclusive, a realização dos acordos de leniência e de colaboração premiada pelo Ministério Público (ou por Delegados – sendo imprescindível a participação do Ministério Público) é a tônica das hodiernas operações contra organizações criminosas e, de forma geral, contra a corrupção, que são ocupam a capa de jornais/sítios eletrônicos e

³ Segundo Elton Venturi, “é possível afirmar que o Brasil vive um histórico momento no qual se procura criar um novo sistema de Justiça multiportas, por via da institucionalização dos chamados meios alternativos de resolução de conflitos”. Cf.: VENTURI, 2016.

que são noticiadas pela mídia brasileira. Em razão desses instrumentos, sanções penais e pecuniárias advindas do cometimento de crimes (previstos nas legislações penais) são acordadas previamente à decisão do Juiz togado: dá-se vantagens ao acusado/investigado (v.g. a diminuição da eventual pena a ser cumprida) para, em troca, receber informações sobre demais investigados, na busca de dismantelar uma organização criminosa, por exemplo.

A tendência de consensualidade na Administração Pública não está restrita ao âmbito penal. Na esfera da improbidade administrativa, as alterações realizadas à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (comumente conhecida como Pacote Anticrime) passaram a permitir a realização de Termos de Ajustamento de Conduta. No entanto, ainda muito se discute a viabilidade da realização de negócios jurídicos no âmbito da improbidade, visto que muitos a entendem como um direito indisponível, cuja titularidade não é do Ministério Público, legitimado ativo da ação de improbidade, e que, portanto, não teria o condão de dele dispor.

Diante desse contexto, contudo, o Pacote Anticrime, ao alterar a Lei de Improbidade Administrativa, acabou com essa controvérsia. Com a revogação da vedação até então presente no artigo 17 da legislação, tem-se que a realização de transação no bojo das ações de improbidade é plenamente possível. Mais que isso. Havendo um arcabouço normativo ao redor da consensualidade, se a transação for a medida que melhor atenda ao interesse público, ela deve ser a primeira ser perseguida. Diante disso, o membro do Ministério Público não poderá escolher entre realizar o Termo de Ajustamento de Conduta ou ajuizar a ação civil pública – esta só se será possível se não for possível realizar o ajustamento de conduta.

Neste cenário, o presente artigo analisa a possibilidade da realização dos Termos de Ajustamento de Conduta na esfera da improbidade administrativa, levando em consideração o histórico de alterações legislativas e a perspectiva da indisponibilidade do direito coletivo que permeia a matéria. A metodologia de pesquisa adotada é o método dedutivo, por meio da qual se analisa a medida consensual para a solução de conflitos que envolvem a matéria de improbidade administrativa deve ser compreendida como regra no Direito público brasileiro, baseando-se na técnica de pesquisa da documentação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica.

2. O papel dos negócios jurídicos e dos meios alternativos de solução de conflitos na administração pública

No cenário nacional, a adjudicação pública dos conflitos envolvendo direitos indisponíveis é a regra da Justiça brasileira. Ao se falar de interesses públicos e indisponíveis da Administração Pública, automaticamente é sustentada a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, conforme suas funções constitucionais de fiscalização e proteção da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis. Por essa lógica, nas palavras de Elton Venturi, os conflitos relativos a direitos transindividuais difusos (como a moralidade administrativa e o patrimônio público) não comportariam a solução do conflito pela via consensual, sendo necessária a participação do Poder Judiciário para dirimir o conflito (VENTURI, 2016).⁴ Contudo, como bem explicita o jurista, “o mero fato de um direito ser considerado ‘indisponível’ não pode implicar sua automática inegociabilidade”. Ademais, nas palavras do autor, não há que se falar que a transação de direitos indisponíveis implicaria na renúncia ou alienação dos direitos, na medida em que “a titularidade dos direitos indisponíveis não é afastada - senão reafirmada - por conta do respeito à autonomia das vontades direcionadas à realização de eventuais transações sobre os mesmos”.

De acordo com Sílvia Cappelli (2011), os instrumentos jurídicos tradicionais da Administração Pública já não são mais suficientes para regular a sociedade e gerir a economia. Da mesma forma, as soluções do tipo binário (constitucional vs. inconstitucional, legal vs. ilegal, público vs. privado, lícito vs. ilícito, dentre outras) também se mostram como obsoletas. Ademais, com a crescente procura pelo Poder Judiciário, torna-se cada vez mais difícil que as ações judiciais sejam decididas de forma rápida, coerente e previsível. Sendo assim, uma das tendências para a Administração seria a redução progressiva da imperatividade da norma e sua substituição pelo estímulo a mecanismos de autorresponsabilização – através da regulação negociadas, por

⁴ A ideia do autor não é a de desconsiderar as “razões de interesse público” que fundam a noção da indisponibilidade de direitos nem a de mitigar a proteção estatal aos direitos fundamentais, mas a de demonstrar que o traslado temporal e histórico permite a observação de uma nova dinâmica, que se adequa à realidade do Direito.

exemplo. Trata-se, portanto, de um processo de desformalização nos processos de elaboração legislativa e uma forma de simplificar os procedimentos da Administração, pelo qual a lei deixaria de ser um fato para se tornar “um processo, um programa de ação” (CAPPELLI, 2011, p. 71).

Veja-se o exemplo da colaboração premiada: o instrumento previsto na Lei nº 12.850/2013 é essencialmente um negócio jurídico (e, inclusive, bilateral), sendo formado pela exteriorização da vontade de duas partes, a do Ministério Público (ou do Delegado de Polícia em atuação concomitante com o MP) e a do colaborador (DIDIER JR., BONFIM, 2017), que pode ou não concordar com os termos impostos pelo órgão ministerial.⁵ Nessa medida, verifica-se uma crescente relevância das atividades que envolvem a solução alternativa para conflitos entre a Administração Pública e os particulares. Conforme entendem Ana Cristina Aguilar Viana e Maria Vitória Kaled Costa, essa mudança “acarretou a diminuição da discricionariedade e do autoritarismo das decisões administrativas” (2017, p. 44). Nesse sentido, portanto, há uma evidente relevância dos acordos de leniência e de colaboração premiada para a solidificação de uma Administração Pública consensual.

Segundo Luciane Moessa de Souza, sendo admitida a possibilidade de transação de direitos indisponíveis entre o Poder Público e a pessoa interessada, deve-se garantir a máxima proteção a todos os interesses públicos e privados, com natural primazia dos primeiros em caso de conflito insuperável. Ademais, lembra a autora que “um dos critérios a presidir a celebração de qualquer acordo por parte do Poder Público há de ser, sempre e inevitavelmente, o respeito aos parâmetros legais existentes na matéria” (SOUZA, 2012, p. 172-173). Dessa forma, evita-se a realização de negócios jurídicos prejudiciais ao interesse público e que desvirtuem as garantias constitucionais e legais aos acusados e investigados em inquéritos e ações judiciais, como forma de proteger a lisura de eventual realização de acordos.

⁵ De acordo com os autores, “a colaboração premiada é um negócio jurídico bilateral que se caracteriza como um contrato, considerando a contraposição dos interesses, aqui consubstanciados nas vantagens esperadas por ambas as partes em razão do conteúdo pactuado. De um lado, o Ministério Público (ou o delegado, com a participação do Ministério Público) espera (e tem direito em razão do negócio) colaboração do investigado ou acusado com o fim de colher informações e elementos de prova. Este interesse não é comum; cuida-se de vantagem buscada pelo órgão de investigação ou acusação. (...). Do outro lado, o colaborador terá, como vantagem contraposta à obrigação assumida, uma decisão judicial penal que signifique o perdão judicial, a redução de pena privativa de liberdade ou a sua conversão em pena restritiva de direito. É por esta razão que o colaborador celebra o negócio e obriga-se a colaborar” (DIDIER JR., BONFIM, 2017, p. 113-114).

A própria noção de interesse público é de extrema importância para a análise acerca da sua indisponibilidade. O conceito de interesse público é indeterminado e atemporal, podendo ser alterado conforme o tempo e as alterações legais, adequando-se, portanto, às necessidades econômicas e sociais – sem dissociar, por óbvio, as ideias de “interesse” e “público”. Conceito que parece se amoldar aos princípios republicanos norteadores da maior parte dos Estados constitucionais modernos, que prima por um Estado social, mas sem se esquecer dos valores e projetos individuais, é o apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que se tornou consagrado na doutrina brasileira. São essas as palavras do autor: “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 (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p.62).

Ao levar em consideração a gestão judiciária brasileira, em especial a expressiva demanda processual, a indisponibilidade do interesse público não suscita a impossibilidade de realização de acordos ou que impeçam a construção jurídica de meios consensuais de solução de conflitos pelo Estado (VARELLA, FERREIRA FILHO, 2018). Nesse sentido, “a negociação, a conciliação e a mediação são ferramentas cooperativas que, bem manejadas, evitam enormes danos materiais e imateriais, oriundos de disputas mal resolvidas” (FREITAS, 2017, p. 33).

Não obstante, Patrícia Baptista (2018, p. 180-202) apresenta três vantagens do consenso como meio de desenvolvimento da atividade administrativa. São elas: (i) o fato de que o interesse público pode ser realizado em condições mais satisfatórias e com maior eficiência em um contexto de harmonia e, coincidentemente ou não, simultaneamente com a satisfação de interesses privados; (ii) a constatação de que a atividade consensual da Administração Pública contribui para aumentar a transparência das atividades administrativas, na medida em que eventuais interesses da Administração com particulares seja identificado à sociedade civil por meio de acordos formais, como instrumento que demonstraria a imparcialidade na atuação da Administração Pública; e (iii) a garantia de segurança jurídica das partes envolvidas em conflitos com o Estado, na medida em que assegura maior estabilidade nas relações administrativas.

Ao que parece, foi exatamente esta a intenção do legislador ao editar a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu disposições sobre segurança jurídica e

eficiência na criação e na aplicação do Direito Público ao Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (a LINDB). Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 252), a alteração legislativa reforça a exigência da observância de princípios como os da segurança jurídica, motivação, proporcionalidade, consensualidade, transparência e eficiência.

Trata-se de uma importante atualização legislativa no que tange à efetivação de princípios constitucionais diante da nova realidade da Administração. Busca-se a garantia da eficiência estatal nas iniciativas administrativas inovadoras, da segurança jurídica ao administrador público sobre suas responsabilidades e possibilidades de defesa e da consensualidade como técnica de solução de conflitos e eliminação de controvérsias (FERRAZ, 2018).

Dentre as mudanças que alteraram a LINDB, o artigo 26 é claro ao permitir que a autoridade administrativa poderá celebrar compromisso com as partes interessadas com a finalidade de “eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”. Para que possa ser celebrado, referido compromisso (i) deve buscar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (ii) não pode conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; e (iii) deve prever com clareza a obrigação das partes envolvidas na transação, bem como o prazo para o cumprimento do acordo e as sanções em caso de descumprimento.

Nesta senda, mister que se entenda que o princípio da eficiência da Administração Pública não está ligado somente ao seu aspecto econômico, tendo, na verdade, um conceito pluridimensional, englobando, além da economicidade, a eficácia e a celeridade dos atos da Administração (BITTERCOURT NETO, 2017). Neste tocante, Flávio Garcia Cabral esclarece que um dos aspectos da eficiência administrativa é a aferição da onerosidade conferida pelo ato praticado. Sem embargo, a menor onerosidade para fins de eficiência implica tanto a aferição dos custos administrativos (financeiros), como dos custos sociais (de direitos e interesses). De fato, o conteúdo de “oneroso” ou “custoso” implica na constatação de lesão a bens e direitos legítimos dos administrados, cerceamento de suas liberdades ou preterição de determinadas finalidades públicas em prol de outras também, sendo considerados, em oposição aos custos administrativos, como custos sociais (CABRAL, 2019).

Ao fim e ao cabo, tem-se que a solução negociada no âmbito da Administração Pública pode ser entendida como estratégia preferencial de pacificação dos conflitos, desde que dentro das fronteiras e dos – não raros – limites impostos pelo princípio da juridicidade (FREITAS, 2017). O que se percebe é a contínua transição entre o “Direito Administrativo dos cliques” – burocrático, autoritário, formalista e despreocupado com a gestão dos custos e riscos da atividade administrativa – para o “Direito Administrativo dos negócios” – mais propenso à consensualidade e preocupado com a gestão eficiente dos recursos públicos e do agir administrativo (CRISTÓVAM, 2020, p. 208).

3. A (im)possibilidade de transação em matéria de improbidade administrativa

Muito embora a Lei nº 12.846/2013 tenha um papel fundamental no combate à corrupção, a Lei de Improbidade Administrativa ou LIA (Lei nº 8.429/92) é o principal instrumento do ordenamento jurídico brasileiro no combate à corrupção⁶, desonestidade e má-fé no âmbito da Administração Pública.⁷ O documento legal prevê sanções autônomas⁸ – e definidas pela Constituição, ou seja, que não se confundem com meras sanções cíveis – ao agente público que, no desempenho de suas atribuições funcionais, praticar atos de improbidade administrativa que ocasionem (i) enriquecimento ilícito

⁶ Apesar da relevância da Lei de Improbidade, deve-se ressaltar que ela não pode ser utilizada de maneira abusiva, sob um discurso moralizante da sociedade. Infelizmente se nota em inúmeras situações que tanto o Ministério Público ao ajuizar as demandas, quanto o Judiciário ao analisá-las, acabam por agir de maneira “extra-jurídica”, violando ocasionalmente direitos, sob o pretexto desenfreado de combate à corrupção. A respeito do moralismo político que frequentemente se encontra em determinados órgãos públicos, que buscam desviar os ditames normativos em benefício de uma pretensa justiça, Emerson Gabardo bem assinala que “a ‘ilusão da justiça’ é uma decorrência da falsa percepção de que os agentes públicos podem, a partir de uma consciência pura, austera e imparcial, refletir os anseios de felicidade dos demais indivíduos para além de uma ordem deliberada e a priori estabelecida como regra geral objetiva” (GABARDO, 2017).

⁷ De acordo com os dados apresentados pelo Instituto Não Aceito Corrupção, em parceria com a Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), entre maio de 1995 e julho de 2016, os Tribunais brasileiros julgaram 6.806 processos envolvendo atos de improbidade administrativa, que resultaram em 11.607 condenações definitivas, sem possibilidade de recursos. Deste total, 6,7% foram aplicadas a empresas, enquanto a imensa maioria (93,3%) destinou-se a pessoas físicas, sobretudo a servidores públicos. Dentre as principais condenações, destacam-se as de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário e aquelas em que foram aplicadas multas civis. Disponível em: <http://naoaceitocorruptao.org.br/a-pesquisa/>. Acesso em 13 fev. 2020.

⁸ São seis as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, dispostas no art. 12: a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, quando houver, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Vale ressaltar que as três últimas sanções variam de acordo com o ato cometido, podendo ser o prazo de suspensão dos direitos políticos e de proibição de contratar com a Administração Pública maior ou menor, por exemplo.

próprio ou de terceiro, (ii) dano efetivo ao erário e (iii) subversão aos princípios que regem a Administração Pública.⁹ Importante ressaltar que as sanções previstas no art. 12 da LIA podem ser aplicáveis de forma cumulativa, parcial ou isolada, e não prejudicam eventual ação penal, como dispõe o art. 37, § 4º, da Constituição da República.¹⁰ Em suma, para que seja caracterizado o cometimento de um ato de improbidade administrativa, a atuação do agente público deve constituir violação ao princípio constitucional da probidade administrativa, qual seja, o dever de agir com presteza, honestidade e decência na gestão dos recursos e negócios públicos (PAZZAGLINI FILHO, 2015, p. 2).

Como expõe Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas, ao estudar a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) se insere – junto à Lei Anticorrupção – no denominado “sistema legal de defesa da moralidade”, composto, ainda, pela esfera penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (artigos 90 e seguintes da Lei nº 8.666/1993), pela Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), pela Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) e pelos artigos 312 e seguintes do Código Penal, pois disciplinam os crimes praticados contra a Administração Pública (FREITAS; MOREIRA NETO, 2014). Busca-se maior efetividade ao combate a corrupção, na medida que se cria um sistema homogêneo em todo o território nacional. Mateus Bertoncini (2018, p. 78) entende que não há sentido em se firmar acordos de colaboração premiada sem o oferecimento de denúncia contra um determinado réu por crime da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93) e, na mesma medida, processar a mesma pessoa por improbidade administrativa, se se levar em conta interpretação da Lei de Improbidade Administrativo a partir da Constituição e do microsistema que ela compõe.

Para além de especificar os agentes ativos e passivos, definir quais são considerados atos de improbidade administrativa e suas sanções, dentre outros detalhes

⁹ No final de 2016 foi promulgada a Lei Complementar nº 157/2016. Com natureza eminentemente financeiro-tributária, visto que também altera as disposições legais sobre o Imposto Sobre Serviço (ISS), a legislação trouxe à LIA um novo ato de improbidade administrativa: o art. 10-A. Em suma, o artigo proíbe que o gestor municipal cometa atos que venham de encontro ao *caput* e ao §1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116/2003. Esses dispositivos propõem que a alíquota mínima do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza será de 2% e que o imposto não será objeto de concessão de isenção, incentivos ou benefícios tributários, ou qualquer outro meio que diminua o valor a ser recolhido.

¹⁰ Art. 37. (...) § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

que a legislação aborda, a Lei de Improbidade Administrativa regulamenta o procedimento administrativo e processo judicial para verificação da conduta ímproba (do artigo 14 ao artigo 18 da LIA). Neste ponto, vale ressaltar a antiga disciplina do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/92. Segundo o referido dispositivo, seria vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. Isso significa que o Ministério Público (um dos legitimados ativos) não poderia – tanto durante a fase de inquérito quanto após a proposição da ação judicial – transacionar, de qualquer forma, os direitos envolvidos na ação de improbidade administrativa.

Segundo Luiz Manoel Gomes Junior e Rogerio Favreto, o legislador errou ao proibir a realização de negócios jurídicos nas ações de improbidade administrativa, isto porque “obter um acordo entre as partes deve ser sempre a opção almejada pelo Poder Judiciário” (2014, p. 317). Carlos Frederico Brito dos Santos também entende que havia exagero na Lei nº 8.429/92. De acordo com ele, a proibição poderia incidir somente nas hipóteses previstas nos artigos 9º (enriquecimento ilícito) e 11 (desrespeito aos princípios da Administração Pública), sendo possível, portanto, a realização de transações se o ato de improbidade administrativa resultasse de conduta culposa (tipificada no artigo 10 da LIA) (2007, p. 144-146).

De acordo com Juarez Freitas, a vedação até então inserida na Lei de Improbidade Administrativa teria o objetivo de proibir a realização de concessões desarrazoadas pelos legitimados ativos em favor dos acusados/investigados. Entende o jurista que seria possível a realização de transações, portanto, dentre dos limites da proporcionalidade e razoabilidade – sendo o Termo de Ajustamento de Conduta um mecanismo útil na defesa do interesse público (FREITAS, 2009, p. 183-184). Dessa forma, ainda que, para o autor, a solução consensual (que implica em negociações entre Administração Pública e agente ímprobo) não fosse possível, como transações e mediação da questão, o TAC não padeceria de inconstitucionalidade se aplicado pelo Ministério Público (FREITAS, 2017).

Antonio do Passo Cabral explica que, desde o advento da Lei de Improbidade Administrativa, houve uma guinada no ordenamento jurídico em direção da “consensualidade e convencionalidade” e, dessa forma, “até mesmo a pretensão penal passou a ser em grande medida objeto de acordo” (2015, p. 546-547). Assim, conforme o jurista, seria incongruente a vedação à realização de negócios jurídicos no âmbito da

improbidade administrativa. Neste tocante, de acordo com Fredie Didier Jr. e Daniela Santos Bonfim (2017), sendo possível a negociação das consequências penais, ainda que das infrações graves, “não haveria razão para não ser possível negociar as sanções civis de improbidade”. Desse modo, para eles a negociação na ação de improbidade administrativa seria possível sempre que fosse permitida a negociação no âmbito penal, haja vista uma relação de proporção entre as duas esferas.¹¹

Em 2015, a Medida Provisória 703, publicada no Diário Oficial da União no dia 21 de dezembro daquele ano, revogou o art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/92.¹² Segundo a ementa da Medida Provisória disponível no site do Congresso Nacional, a intenção da Presidência da República era essencialmente a de ampliar “a ação da Controladoria Geral da União e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica”, bem como incluir o Ministério Público Federal em um maior número de etapas e assinaturas de acordos (de leniência e colaboração premiada, por exemplo).¹³ Ocorre que, conforme disciplina o

¹¹ Os autores entendem pela possibilidade de transação nas ações de improbidade administrativa nos seguintes termos: “a) admitem-se a colaboração premiada e o acordo de leniência como negócios jurídicos atípicos no processo de improbidade administrativa (art. 190 do CPC c/c o art. 4º da Lei nº 12.850/2013 e com os arts. 16-17 da Lei nº 12.846/2013); b) admite-se negociação nos processos de improbidade administrativa, sempre que isso for possível, na respectiva ação penal, observados, sempre, por analogia, os limites de negociação ali previstos; c) admitem-se os acordos parciais, sendo considerados parcela incontroversa; d) admite-se a ‘colaboração premiada’ em processos de improbidade administrativa, respeitados os limites e critérios da lei de regência” (DIDIER JR., BONFIM, 2017, p. 113-118).

¹² Ressalta-se que a Medida Provisória 703/15 foi matéria da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.466, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) sob a alegação de inconstitucionalidade material e formal. A primeira, por regular matéria processual ao alterar dispositivos da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) que regulam os acordos de leniência. Por outro lado, a segunda, formal, por desrespeitar os critérios de relevância e urgência previstos no art. 62 da Constituição Federal. No Supremo Tribunal Federal, o pedido do PPS foi julgado prejudicado, em razão da perda superveniente do objeto por conta da perda da vigência da medida provisória. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5466&classe=ADI&origem=A&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 11 set. 2020.

¹³ A ementa explicativa disposta no sítio eletrônico do Congresso Nacional possui conteúdo mais amplo, abordando questões do Tribunal de Conta, dentre outras. Na íntegra: “Altera as regras para negociação, conclusão e eventuais benefícios concedidos por acordos de leniência. Entre as modificações, o texto amplia a ação da Controladoria-Geral da União e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ao mesmo tempo em que inclui o Ministério Público Federal em um número maior de etapas da negociação e assinatura dos acordos. Também institui a mudança para que o Ministério Público seja informado tão logo se instaure o processo administrativo. A negociação de acordos de leniência com a advocacia pública também impede que sejam ajuizadas ações para punições mais duras à empresa. Prevê isenção total da multa para empresas que assinar leniência com o governo em meio a uma investigação, e dá a essas empresas o direito de continuar participando de contratos com a administração pública caso cumpram penalidades e demais condições legais. Permite que outros órgãos e mesmo prefeitos ou governadores firmem acordos de leniência. Permite que a negociação de leniência com um órgão do governo pode interrompa investigações administrativas em curso. Estabelece ainda que o acordo possa ser submetido ao Tribunal de Contas da União, posteriormente, para apuração de danos aos cofres públicos. O governo também fica autorizado a celebrar acordos de leniência com mais de uma companhia investigada por ato ilícito. A medida provisória também trata especificamente de crimes de improbidade e multas aplicadas

art. 62, §3º, da Constituição da República,¹⁴ as medidas provisórias têm prazo de validade de 60 (sessenta) dias, podendo ser este prazo prorrogado uma única vez por mais 60 dias. Dessa forma, as medidas provisórias que não forem convertidas em lei neste prazo perderão sua eficácia. Foi justamente o que ocorreu com a MP 703/15, que sem lei de conversão, perdeu a eficácia após decorrido o prazo legal. Dessa forma, a Medida Provisória teve sua vigência encerrada no dia 28 de julho de 2016, sendo restabelecida a disposição legal da Lei de Improbidade Administrativa.

No entanto, ainda que o prazo para que pudesse haver a conversão em lei tivesse se esgotado e o aludido artigo da LIA tenha sido reavivado, no dia 26 de julho de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução nº 179, que regulamentou o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/85. Na resolução, o conselho ministerial afirma ser “cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou ato praticado”.

Deve-se destacar que, embora a consensualidade seja o futuro da Administração Pública e dos órgãos de controle, não há constitucionalmente assegurado um direito subjetivo ou algo do gênero que assegure expressamente a realização de termos de ajustamento de conduta. O que se quer apontar é que, embora não pareça haver uma vedação a priori a tal medida, é possível que o legislador infraconstitucional assim o faça. Deste modo, havendo uma vedação expressa (como fazia a antiga redação do artigo 17 da LIA), não cabe um ato administrativo violar essa prescrição legal. Em síntese, parece-nos evidente, num primeiro momento, a ilegalidade da Resolução nº 179 do CNMP, uma vez que, na qualidade de ato administrativo, descumpre frontalmente uma previsão legal da LIA (ainda que se mostrasse ultrapassada ou em desalinho com a construção normativa que vinha sendo erguida ao redor da consensualidade).

pelo Cade por infração à ordem econômica”. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/124535>. Acesso em 07 fev. 2019.

¹⁴ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (...). § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11º e 12º perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

De outra banda, a Lei da Mediação (de 2015) trata sobre a viabilidade de transação de conflitos envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas autarquias e fundações. Nesse liame, estabelece no art. 36, §4º, que a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito mesmo que a matéria esteja em discussão em ação de improbidade administrativa ou que haja decisão do Tribunal de Contas da União, a depender da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro relator.¹⁵ De acordo com Elton Venturi, isso significa que ajustes em relação à forma ou ao modo de aplicação das sanções previstas pela Lei nº 8.429/92 aos acusados passam a ser oportunizadas (2016). Para o autor, o dispositivo da Lei de Mediação já revogaria o art. 17, §1º, da LIA e abriria espaço para transações no âmbito administrativo e judicial da ação de improbidade administrativa (VENTURI, 2016).¹⁶

De toda forma, desde que foram realizadas as alterações na LINDB, em especial a do supracitado artigo 26, já se passou a entender sobre a possibilidade de transação dos direitos previstos na Lei de Improbidade Administrativa. Luciano Ferraz (2018) defende que “a autorização legislativa dada pelo artigo 26 da LINDB suplanta a vedação existente no artigo 17, parágrafo 1º da Lei 8.429/92” e viabiliza uma solução jurídica proporcional e alternativa também no âmbito das ações de improbidade. Esta conclusão também foi corroborada pelo Enunciado 21 dos “Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo”, resultado de seminário promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.¹⁷ Em igual compreensão, analisando-se o artigo 30 da LINDB, o Fórum Nacional do Poder Público aprovou o enunciado 131 prevendo que “deve o Poder Público desenvolver procedimentos internos hábeis a identificar casos para sugerir a aplicação dos meios consensuais de conflito”.

¹⁵ Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União. (...) § 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

¹⁶ Para o processualista, “se passa a ser possível solução conciliada no âmbito administrativo, ainda que o acordo verse sobre controvérsia em relação à qual pende investigação de improbidade, com muito maior razão parece ser possível sustentar o cabimento de acordos no âmbito da própria ação de improbidade administrativa” (VENTURI, 2016, p. 402).

¹⁷ “21. Os artigos 26 e 27 da LINDB constituem cláusulas gerais autorizadoras de termos de ajustamento, acordos substitutivos, compromissos processuais e instrumentos afins, que permitem a solução consensual de controvérsias”. Os demais enunciados podem ser acessados em: <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>.

Foi com o advento da Lei nº 13.964/19, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, que a vedação da transação em matéria de improbidade administrativa caiu de vez por terra. A alteração promovida na LIA evidencia a tendência de consensualidade que permeou o ambiente legislativo brasileiro da década de 2010. A mudança se deu no bojo do artigo 17. Veja-se:

Art. 6º. A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar com as seguintes alterações: Art. 17. (...)

§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei. (...)

§ 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias. (...)

(NR)

O Pacote Anticrime também criava o artigo 17-A, vetado pelo Presidente da República, que disciplinava os critérios para a realização do acordo quando este fosse de competência do Ministério Público.¹⁸ O veto presidencial teve como motivo a manutenção da coerência da sistemática de legitimados do caput do artigo 17 da LIA.¹⁹ Essa vedação, que limita o protagonismo do Ministério Público, parece equivocada. A leitura atenta do artigo vetado permite a conclusão de que o dispositivo não tornava o

¹⁸ Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados:

I - o integral ressarcimento do dano;

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

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

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

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

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

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

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

¹⁹ Nas razões de veto, argumentou que: “Nas razões de veto foram invocados os seguintes argumentos: “A propositura legislativa, ao determinar que caberá ao Ministério Público a celebração de acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, contraria o interesse público e gera insegurança jurídica ao ser incongruente com o art. 17 da própria Lei de Improbidade Administrativa, que se mantém inalterado, o qual dispõe que a ação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa pode ser proposta pelo Ministério Público e/ou pessoa jurídica interessada leia-se, aqui, pessoa jurídica de direito público vítima do ato de improbidade. Assim, excluir o ente público lesado da possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível representa retrocesso da matéria, haja vista se tratar de real interessado na finalização da demanda, além de não se apresentar harmônico com o sistema jurídico vigente”.

MP o único legitimado para realizar os acordos no âmbito da improbidade administrativa, mas somente determinava quais seriam os critérios a ser observados nos casos em que pelo Órgão Ministerial os acordos fossem firmados (PINHO, 2020). Ademais, os critérios apresentados pelo artigo 17-A eram semelhantes aos parâmetros da Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Mesmo antes das alterações legislativas na LINDB e do Pacote Anticrime, o Ministério Público em nível estadual, como é caso em Minas Gerais, por exemplo, já buscava regulamentar a autocomposição em matéria de improbidade administrativa. No estado mineiro, o MP-MG editou a Resolução CSMP nº 03/2017, repetindo os termos da Resolução nº 179/17 do CNMP e prevendo que para a celebração do acordo é imprescindível, dentre outras consequências, a cessação das práticas ímprobas e reparação do dano sofrido pelo erário. Sobre o tema, Humberto Pinho (2019) defende que os Termos de Ajustamento de Condutas realizados em matéria de improbidade, quando no bojo da ação judicial, antes da vigência do Pacote Anticrime, são válidos e não devem ser desconstituídos.

Essa nova legislação, portanto, parece espantar qualquer dúvida sobre a possibilidade de se realizar soluções consensuais em termos de improbidade administrativa, algo que, como visto, era almejado há tempos pela doutrina e pelo próprio *Parquet*, ainda que no passado fosse *contra legem*.

Mais do que isso. Havendo uma sistematização em torno da consensualidade, não havendo mais uma vedação expressa de sua utilização em relação a atos ímprobos, a utilização de mecanismos consensuais, em particular os Termos de Ajustamento de Conduta, torna-se primeira opção a ser adotada pelos órgãos legitimados. Não há uma “liberdade” de escolha do agente público entre buscar uma solução consensual ou ajuizar ações de improbidade. Havendo a sua possibilidade legal, a primeira opção é a que se mostra maior fomentadora e protetora do interesse público.

É o passo necessário, no âmbito da improbidade, no caminho da Administração Pública sancionadora para a Administração Pública consensual. O próximo passo deve ser o estabelecimento de critérios objetivos para a realização desses acordos, considerando em primeiro lugar o interesse público e o tratamento no plano de igualdade entre agentes ímprobos, a fim de que não haja discrepâncias na execução dos TACs.

4. O termo de ajustamento de conduta no âmbito da improbidade administrativa

Com a atualização do artigo 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa, um dos instrumentos alternativos que podem ser utilizados no combate às condutas ímprobas, especialmente pelo Ministério Público (um dos legitimados ativo para ajuizar a ação de improbidade), é o chamado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) – espécie de acordo celebrado em diversos procedimentos que envolvam direitos coletivos. O TAC está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, disposto no artigo 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85,²⁰ regulamentado pela Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), e no art. 14 da Recomendação 16/2010 do mesmo Conselho.²¹

De acordo com Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, o Termo de Ajustamento de Conduta é um instrumento que tem como objetivo “fomentar a adoção espontânea de comportamentos relacionados a interesses difusos”. Isso significa que o órgão público celebrará um acordo com a pessoa física ou jurídica interessada, impondo a ela condições específicas de atendimento (SUNDFELD; CÂMARA, 2008).²² Ao aderir ao TAC, as partes se comprometem a cumprir às determinações legais, sejam elas obrigações de fazer, não fazer ou reparar o dano. Em vez de ceder a qualquer direito transindividual, o órgão público competente busca, por um meio alternativo de solução de conflito, obter resultado semelhante ao do provimento judicial e que atinja o interesse público (RODRIGUES, 2011). Assim sendo, o TAC nada mais é do que “uma espécie de acordo, com características próprias, de caráter facultativo” (SOUZA; FREITAS, 2020, p. 59).

Segundo Elton Venturi, os TACs são um bom exemplo de instrumentos resolutórios extrajudiciais de conflitos. A intenção do mecanismo é a de conciliar

²⁰ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

²¹ Art. 14. O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

²² Para os autores, a legislação que prevê o TAC – qual seja, a Lei nº 7.347/85 – busca “dotar o órgão público de instrumento consensual que viabilize a pronta adoção, pelo particular, de comportamentos desejados. (...). Não se trata de instrumento de punição, mas de indução de comportamentos concretos. O termo constitui uma ferramenta para transformar em realidade abstratas prescrições legais” (SUNDFELD; CÂMARA, 2008, p. 116).

“aspectos relacionados a prazos e formas de cumprimento de obrigações ou de deveres inerentes à preservação integral de direitos transindividuais”. No entanto, entende o jurista que a impossibilidade de transação de direitos – tornando-os indisponíveis, portanto – deturpa (ou desvirtua) a instrumentalização de uma autêntica negociação. De todo modo, o autor sustenta que negar o sentido essencialmente negocial ao Termo de Ajustamento de Conduta é negar sua natureza e finalidade compositiva (VENTURI, 2016, p. 8).²³ De acordo com Giuseppe Giamundo Neto, o ajustamento de conduta, quando em circunstâncias limitadoras, é pouco atraente para o agente disposto a reparar o dano. Para o jurista, pode ser essa a explicação para a escassez histórica de compromissos desse tipo firmados em inquéritos ou ações de improbidade (GIAMUNDO NETO, 2016). No entanto, conforme sustenta Walter de Moura Agra (2017, p. 248), por meio do Termo de Ajustamento de Conduta é possível – de forma imediata e mais branda – consolidar a prática de boas condutas “que evitem a reiteração de novos atos ímprobos” – o que, por si só, sem levar em consideração o interesse público protegido, é benéfico para o agente público.

Evidente que qualquer que seja o negócio jurídico realizado pela Administração Pública (conciliação, mediação, TAC, dentre outros), os princípios do Direito Administrativo e da Constituição de 1988 devem ser respeitados. Dessa forma, admissível apenas a negociação proba, motivada, límpida e transparente, que deve ser interdita somente quando se fizer imperiosa a adjudicação judicial (FREITAS, 2017). Isso significa que devem ser estabelecidos critérios objetivos tanto para a formulação quanto para a execução de TACs e que devem ser aplicados de forma isonômica pelo *Parquet* – o que, inclusive, poderia ajudar a lidar com o problema da falta de critérios seguros de dosimetria da pena nas ações de improbidade administrativa, conforme critica Felipe Gussoli (2015, p. 262).

Inclusive, é relevante defender o fato de que embora seja constatada a prática de um ato de improbidade administrativa, isso não significa que o Órgão Ministerial deva

²³ De acordo com o autor, “tais desvirtuamentos dão origem a pelo menos dois sérios problemas, relacionados à efetividade (pragmática) e à validade (legalidade) do instrumento. Em primeiro lugar, a ausência de genuína transação (concessões recíprocas), sob a justificativa da indisponibilidade dos direitos ou interesses em disputa, implica a ausência de qualquer real incentivo para que o conflito seja resolvido, pragmaticamente, da melhor forma possível para todos. (...). Pior, sob a ótica da validade, transfigurados muitas vezes em mecanismos de imposição de condutas, os compromissos de ajustamento correm sério risco de ser considerados ilegais por não obedecerem a típicas condições de validade contratual” (VENTURI, 2016, p. 9).

perseguir o máximo do sancionamento possível (MELLO, 2019). O compromisso de ajustamento de conduta não implica na renúncia ou na concessão dos interesses transindividuais, mas, de maneira oposta, visa a estabelecer formas de fazer cumprir as obrigações em busca do interesse público (SUAID; SILVEIRA; SILVEIRA, 2020). Esta reflexão esbarra na dualidade dentre o controle sancionatório e o controle consensual, apresentado por Luciano Ferraz. Por um lado, o controle sancionatório busca única e exclusivamente a punição ou responsabilização do agente e é característico da Administração unilateral e monológica do passado. Por outro, o controle consensual, fundado no princípio da consensualidade e característico da Administração concertada e dialógica, tem como objetivo uma análise dos casos que levem em conta a sua consequência jurídica (2019, p. 135).

No âmbito da Resolução nº 179/17 do CNMP, o termo de ajustamento de conduta firmado não pode transacionar com o direito material objeto da composição.²⁴ Nessa senda, entende Mateus Bertoncini que o TAC não envolve transação de direitos materiais, ao contrário da transação, que pressupõe concessões recíprocas em relação ao direito em jogo, enquanto nos termos de ajustamento de conduta há ajuste somente quanto à forma de recomposição do bem jurídico lesado. Inclusive, o autor é categórico ao afirmar que “não se pode, no plano do direito material, confundir transação, acordo ou conciliação com compromisso de ajustamento de conduta” (BERTONCINI, 2018, p. 73-74). Portanto, o papel do *Parquet* – bem com dos demais órgãos de controle, tais como o Tribunal de Contas – não pode desandar em abuso. Como instrumento à serventia do interesse público, referidos órgãos devem prezar pela garantia da ordem jurídica constitucional, “jamais deixando o anseio por moralidade, geralmente de cunho subjetivo, insuflar seus agentes formadores de vontade” (GUSSOLI, 2015, p. 264). Nesse sentido, a utilidade do Termo de Ajustamento de Conduta é valiosa, quando observados os princípios e garantias constitucionais, na atuação do Ministério Público, sendo mecanismo importante na busca pela moralidade e probidade administrativa. E como forma de garantir a integridade do acordo e o cumprimento do princípio da

²⁴ A resolução, em seu art. 1º, § 1º, é expressa nesse ponto: “Não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem a renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não podem ser recuperados”.

transparência, parece prudente defender que o procedimento que anteceda a assinatura do TAC seja filmado e/ou disposto em atas das reuniões, sob pena de ser questionada a voluntariedade do colaborador (OSÓRIO, 2020).

Ainda que a Resolução nº 179/2017 não seja específica sobre o tema, Mateus Bertoncini recomenda essa forma de autocomposição para casos de menor potencial ofensivo, devendo sempre que sejam respeitados os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência, até porque, a depender da gravidade dos atos de improbidade administrativa praticados, não restará outra opção que não a proposição da ação de improbidade administrativa, na busca de uma sentença judicial de mérito que sancione o agente público ímprobo às penas de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos (BERTONCINI, 2018, p. 74-75).

Levando em consideração que a alteração do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa é um marco para a tendência consensual de enfrentamento aos atos ímprobos previstos na legislação, a utilização do Termo de Ajustamento de Conduta como forma de manutenção de um ambiente público probo é instrumento importante para uma atuação administrativa consensual e não adversarial. Não obstante, não se estaria descumprindo o princípio da indisponibilidade do interesse público, na medida em que inexiste renúncia a direito no TAC destinado a fazer valer as exigências da Lei nº 8.429/92.

Contudo, o Ministério Público não é o único legitimado ativo para acionar os agentes públicos e privados por atos de improbidade administrativa, haja vista a competência da pessoa jurídica interessada. Neste caso, parece correto afirmar que, se entender que o TAC não tutelou de forma suficiente o interesse público, a pessoa jurídica poderá acionar o Poder Judiciário para aplicação das demais sanções (MELLO, 2019). Esta, no entanto, ainda é questão debatida na doutrina. Para Fábio Medina Osório (2020, p. 23), “essas espécies de acordos traduzem óbices a que outros colegitimados adotem iniciativas subsidiárias frente à suposta inércia do titular estatal do acordo, eis que a sanção terá sido objeto de renúncia e negociação”. Para o autor, esta seria uma incongruência na lei, na medida em que já teria sido negociado um acordo que resultou na mitigação da sanção ou no perdão do ato de improbidade. Este é um ponto importante da legislação e que deverá ser regulamento na própria Lei nº 8.429/92 ou em atos normativos infralegais. Uma saída para o possível conflito entre os colegitimados é a

participação de todos os atores envolvidos nas tratativas do acordo – o que permitiria que os diferentes interesses fossem colocados à mesa num mesmo momento, tornando a própria transação mais coerente com a finalidade da consensualidade administrativa.

Como já adiantado no tópico anterior, não havendo mais a vedação, e existindo um arcabouço normativo ao redor da consensualidade (tendo a LINDB como viga mestra), a realização de TACs pelo Ministério Público não é mais uma faculdade do agente público. Desde que, no caso concreto, seja possível, e não haja nenhum elemento que evidencie que o interesse público não seria melhor atendido pelo TAC, a utilização de mecanismos consensuais torna-se obrigatório. A escolha por ações judiciais de improbidade, portanto, precisam ser devidamente motivadas.

Deve-se lembrar que ajuizar uma ação judicial de improbidade implica, dentro outros ônus, gastos de movimentação da máquina do Poder Judiciário; gera um ônus processual e pessoal aos que são acusados de improbidade; gera uma insegurança pelo tempo que o processo judicial pode demorar; promove um inconformismo aos que são condenados por improbidade; implica custos da movimentação processual que podem violar a eficiência administrativa. Como regra, estes ônus são todos evitados pelo uso de medidas consensuais. Assim sendo, estando aos agentes públicos imbuídos em uma função pública, não lhes cabe agir com base em subjetivismos. Acima de tudo devem buscar o interesse público, que é aquele aferido positivamente, não por critérios metafísicos de justiça. Clama-se, portanto, por uma mudança de postura do *Parquet* (e também da Administração Pública), para que passe a efetivar a Administração concertada em relação à improbidade, medida essa agora autorizada legalmente.

5. Considerações Finais

Se as mudanças introduzidas ao ordenamento jurídico brasileiro pela Medida Provisória nº 703/2015 e pela Lei de Mediação buscaram traçar o caminho para a utilização de meios alternativos de solução de conflitos para a esfera da improbidade administrativa, esta tendência aumentou com as alterações à LINDB e foi concretizada com a alteração da LIA por meio do Pacote Anticrime.

Não há direito subjetivo previsto na Constituição de 1988 para realização de medidas consensuais em relação a atos de improbidade. Isso significa que é necessária a

previsão legislativa que acomode esta possibilidade. Portanto, por mais que houvesse uma defesa da doutrina e do Ministério Público, bem como uma tendência à consensualidade administrativa, enquanto vigorava a redação do artigo 17 da LIA que vedava a realização de acordos envolvendo as sanções da Lei nº 8.429/92, esta era uma medida ilegal. Com a revogação da vedação, isto se tornou plenamente possível. Ademais, e somado ao arcabouço normativo ao redor da consensualidade, a realização de TAC no âmbito da improbidade parece ser, quando for a medida que melhor atenda ao interesse público, a primeira medida a ser perseguida pelo *Parquet*. Nesses casos, a “escolha” do membro do MP deverá ser a da realização do acordo, evitando, em um primeiro momento, a litigiosidade dos tribunais.

A análise realizada neste artigo permite concluir que a realização de TACs não importa na renúncia de direitos pela Administração Pública. Esse instrumento envolveria a recomposição ao erário público e não poderia tratar das sanções de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos, que carecem de sentença de mérito. Isto demonstra, na verdade, que atuação do Ministério Público, como forma de concretizar o princípio da consensualidade na esfera da improbidade deve ir além da Administração sancionadora e burocrática que busca o “interesse público” por meio do ajuizamento de ações. Se até mesmo condutas tipificadas pela legislação penal são passíveis de transação, não há sentindo em se impedir o mesmo nos casos em que se verifiquem atos de improbidade.

Por fim, não há como se olvidar a necessidade de uma melhor regulamentação da matéria, especialmente para os atos ímprobos, com a fixação de parâmetros e critérios objetivos de negociação que mitiguem a discricionariedade dos seus operadores – conferindo, inclusive, maior segurança jurídica para as partes envolvidas. A defesa plena dos TACs em matéria de improbidade não é mais mera inferência hermenêutica. Sendo uma possibilidade – quase uma obrigação, haja vista a preponderância da consensualidade –, o estabelecimento de normas que regerão os acordos permitirá a criação de um sistema estável e coerente.

6. Referências

AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a lei de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BERTONCINI, Mateus. Crise da Jurisdição e a Resolução n. 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público: é possível o ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa? **Seqüência (Florianópolis)**, n. 79, p. 63-88, ago. 2018.

BITTENCOURT NETO, EURICO. Transformações do Estado e Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.

BRASIL. **Lei n. 8.429 de 2 de junho de 1992**: dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015**: dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória n. 703 de 18 de dezembro de 2015**: altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm. Acesso em: 16 nov. 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CABRAL, Flávio Garcia. **O conteúdo jurídico da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Resolução n. 179 de 26 de julho de 2017**: regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2019.

CONSULTOR JURÍDICO (ConJur). **Resolução do MP-MG regulamenta TACs em casos de improbidade administrativa**. 29 nov. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-29/mp-mg-regulamenta-tacs-casos-improbidade-administrativa>. Acesso em 03 dez. 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O princípio republicano como princípio constitucional estruturante do regime jurídico-administrativo. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coords.). **Desenvolvimento nacional**: por uma agenda propositiva e inclusiva. Curitiba: Íthala, 2020. p. 197-211.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A nova LINDB e o direito administrativo: o que esperar? In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coords.). **Desenvolvimento nacional**: por uma agenda propositiva e inclusiva. Curitiba: Íthala, 2020. p. 251-260.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de leniência, Acordos substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FERRAZ, Luciano. **LINDB autoriza TAC em ações de improbidade administrativa**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-09/interesse-publico-lindb-autoriza-tac-acoes-improbidade-administrativa>. Acesso em: 20 nov. 2020.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Rafael Vêras de; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A juridicidade da Lei Anticorrupção** – Reflexões e interpretações prospectivas. 2014. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptao.pdf. Acesso em: 2 mar. 2019.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al (Org.). **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992.3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe. MP 703/15 permite acordo em ações de improbidade administrativa. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/giamundo-neto-mp-703-permite-acordo-acoes-improbidade>. Acesso em: 10 fev. 2019.

GUSSOLI, Felipe. Caça aos ímprobos: como a aplicação da lei de improbidade desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Eficiência e Ética na Administração Pública: Anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná**. Curitiba: Íthala, 2015.

MELLO, Glaucia Rodrigues T. de Oliveira. Consensualidade na improbidade administrativa: por que não? **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 72, p. 105-124, abr./jun. 2019.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Natureza jurídica do instituto de não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial**. 2020. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2020/3/8A049E343B44ED_Artigopacoteanticrimeeimprobid.pdf. Acesso em: 02 dez. 2020.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudências atualizadas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O consenso em matéria de improbidade administrativa: limites e controvérsias em torno do Acordo de Não Persecução Cível introduzido na Lei nº 8.429/92 pela Lei nº 13.964/2019. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 18, n. 1, p. 145-162, jan./jun. 2020.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SOUZA, Flávia Baracho Lotti Campos de; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Os acordos nas ações de improbidade administrativa. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 6, n. 1, p. 55-76, jan./jun. 2020.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUAID, Ricardo Adelino; SILVEIRA, Ricardo dos Reis; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. A aplicação dos métodos autocompositivos no âmbito da improbidade administrativa. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 8, n. 2, p. 306-339, mai./ago. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. O devido processo administrativo na execução do termo de ajustamento de conduta. **A&C Revista de**

Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 115-120, abr./jun. 2008.

VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Marcílio. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 147-173, out./dez. 2018.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, vol. 251/2016, p. 391-426, jan/2016.

VIANA, Ana Cristina Aguiar; COSTA, Maria Vitória Kaled. A ineficácia dos acordos de leniência da Lei 12.846/2013 como meio de combate à corrupção. In: DOTTI, René Ariel; DOTTI, Rogéria; ZARDO, Francisco (Coord.). **Temas de direito sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Como citar:

SAIKALI, Lucas Bossoni; CABRAL, Flávio Garcia. O termo de ajustamento de conduta como instrumento de consensualidade na improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica*, Avaré, v. 2, n. 1, p. 27-52, jan./abr. 2021. doi: 10.51284/RBPJ.2.saikali