

A AUTOCOMPOSIÇÃO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

SELF-COMPOSITION ON ADMINISTRATIVE IMPROBITY AND THE UNAVAILABILITY OF THE PUBLIC INTEREST

Eduardo Cambi¹

Doutor em Direito (UFPR, Curitiba/PR, Brasil)

Bruna Cracco Miranda²

Pós-Graduada em Direito Público (FEMPAR, Curitiba/PR, Brasil)

ÁREA(S): direito administrativo; processo civil; improbidade administrativa.

RESUMO: O presente artigo busca discutir a possibilidade de autocomposição em casos de improbidade administrativa, à luz do princípio da indisponibilidade do interesse público e face à vedação contida no

art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992. Será questionada a compatibilidade entre a referida vedação e as formas assumidas pelo atual contexto político e social, marcado pela incessante busca pelo combate às práticas imorais, bem como seus reflexos no sistema jurídico brasileiro. Ainda, serão abordadas as inovações normativas sobre a temática, os novos posicionamentos dou-

¹ Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (Unipar). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Paraná. Coordenador-Geral do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR). *E-mail:* eduardocambi@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6446292329035065>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4944-1256>.

² Graduada pelo Centro Universitário Curitiba (UniCuritiba). Assessora de Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná. *E-mail:* brunacraccomiranda@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3990424347836279>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9690-0438>.

trinários e jurisprudenciais, as vantagens observadas na adoção das referidas técnicas autocompositivas e a nova postura assumida pelo Ministério Público frente a esse novo contexto. A metodologia utilizada na presente pesquisa é qualitativa, exploratória, bibliográfica e documental.

ABSTRACT: *This article aims to discuss the possibility of self-composition in cases of administrative improbity, from the perspective of the principle of unavailability of the public interest and the prohibition of the § 1º of art. 17 of Law 8.429/1992. It will be discussed the compatibility between this prohibition and the forms assumed by the current political and social context, evidently marked by the incessant fight against immoral practices, as well as its reflections in the Brazilian legal system. Also, it will be approached the normative innovations regarding the above issue, the new doctrinal and jurisprudential positions, the advantages observed in the adoption of these self-composition techniques and the new position assumed by the Public Ministry in relation to this new context. The methodology used in this research is qualitative, exploratory, bibliographical and documentary.*

PALAVRAS-CHAVE: improbidade administrativa; autocomposição; indisponibilidade do interesse público; direitos indisponíveis; Lei nº 8.429/1992; vedação à transação; art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992; Ministério Público; patrimônio público; probidade administrativa.

KEYWORDS: *administrative improbity; self-composition; unavailability of the public interest; unavailable rights; Law 8.429/1992; transaction prohibition; article 17, § 1º, Law 8.429/1992; Public Ministry; public patrimony; administrative probity.*

SUMÁRIO: Introdução: o microsistema de proteção à probidade administrativa; 1 Técnicas alternativas de resolução de conflitos e seus reflexos no campo da improbidade administrativa; 2 A autocomposição na improbidade administrativa à luz do artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction: the administrative probity protection microsystem; 1 Alternative techniques of conflict resolution and its reflexes in the field of administrative improbity; 2 The self-composition in administrative mismanagement in light of article 17, § 1º, Law nº 8.429/1992; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO: O MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO À PROBIDADE ADMINISTRATIVA

O sistema jurídico brasileiro tem aperfeiçoado a tutela do patrimônio público e resultado na crescente punição dos agentes ímprobos³.

Manifesto exemplo desse fenômeno é a repercussão da “Operação Lava Jato”, que vem trazendo consequências notórias ao corpo social e fazendo emergir o maior cenário de combate à corrupção dos últimos tempos.

A principal decorrência desse contexto histórico, nos âmbitos administrativo e político, é a constante busca por formas mais eficazes de proteção da probidade e da moralidade administrativa.

Protagonista nesse cenário é a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1990), concebida como principal instrumento voltado ao gerenciamento do interesse público, direcionado principalmente à concretização das disposições constantes do art. 37, § 4º, da Constituição da República⁴⁻⁵.

Contudo, apesar de a Lei nº 8.429/1992 tratar-se de um avanço na proteção do instituto da probidade administrativa, há de se ter em mente a crescente e evidente complexidade dos expedientes ilícitos que atingem a coisa pública, a exigir permanente atualização do sistema jurídico e busca por novas formas de prevenção e repressão dessas ilegalidades⁶.

Ademais, o legislador também se preocupou em indicar o instrumento processual adequado para a tutela da probidade administrativa, tendo eleito, para tanto, a ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/1985.

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 70. Conforme dados da Controladoria-Geral da União, 643 agentes públicos foram punidos em 2018 no Poder Executivo Federal. Foram 516 demissões de funcionários efetivos, 89 cassações de aposentadorias e 38 destituições de cargos em comissão. O número de punições é o maior na comparação dos últimos 16 anos, desde o início da série histórica consolidada pela CGU, a partir de 2003. (BRASIL. Controladoria-Geral da União. Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/noticias/2019/01/governo-federal-expulsa-643-servidores-em-2018-por-praticas-ilicitas>>. Acesso em: 4 jun. 2019)

⁴ FÁZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015. p. 13.

⁵ A Lei nº 8.429/1992 complementou a Constituição, regulamentando a norma de eficácia limitada prevista no § 4º do seu art. 37, ao prever regras de direito material e de direito processual para dar maior efetividade ao art. 37, § 4º, da CF. Cf. BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. O microssistema de proteção da probidade administrativa e a construção da cidadania. In: *Livro de Teses - XX Congresso Nacional do MP*, p. 386-393.

⁶ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, p. 13.

Extrai-se que essa opção legislativa demonstra uma tendência claramente protecionista, uma vez que fora designado como meio adequado à tutela da probidade⁷ o instrumento processual utilizado e já consagrado tanto na seara jurisprudencial⁸ quanto em expressivos setores da doutrina tradicional acerca da temática⁹, para fins de proteção da tutela coletiva.

Porém, devido ao volume extraordinário de processos judiciais e à morosidade na prestação jurisdicional, é necessário pensar novas técnicas de resolução de conflitos para melhor tutelar a probidade administrativa¹⁰⁻¹¹.

Tal fenômeno pode ser explicado no contexto do movimento de acesso à justiça, contemplado na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXV), que permitiu ampliar as possibilidades de resoluções de controvérsias jurídicas por meio de vias consensuais. Com isso, abriu-se espaço a um novo panorama jurídico, denominado de “sistema de *justiça multiportas*”¹², no qual são constatadas novas modalidades de resolução de controvérsias e, assim, de maior efetividade à prestação da tutela judicial.

Os métodos autocompositivos são dotados de maior celeridade, uma vez que evitam as formalidades do processo judicial, possibilitam a mais ampla

⁷ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual coletivo*. 2. ed. São Paulo: SRS, v. 1, 2008. p. 47.

⁸ O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou neste sentido, tendo sedimentado a aventada possibilidade na Súmula nº 329: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 388-390; RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 42; FÁZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit., p. 421.

¹⁰ ROCHA, Marcelo Dantas; ZAGANELLI, Margareth Vetis. O ajustamento de conduta em atos de improbidade administrativa: anacronismos na vedação da transação na lei brasileira. *Cadernos de Derecho Actual*, n. 7, p. 150, 2017.

¹¹ “Devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos de remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedentes.” (CAPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, v. 74 [RT on line], p. 82/97)

¹² VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, v. 251 [RT on line], p. 391-428.

participação dos litigantes, diminuem a sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios¹³.

Contudo, as técnicas modernas de resolução consensual de litígios, quando aplicadas aos casos de improbidade administrativa, ainda encontram resistências. O principal argumento contrário à autocomposição, para esses casos, consiste na impossibilidade de negociabilidade da demanda pelas partes legitimadas à sua propositura, aliado ao tradicional caráter de indisponível do direito em discussão e a sua intrínseca necessidade de proteção absoluta¹⁴.

1 TÉCNICAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E SEUS REFLEXOS NO CAMPO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Não obstante a vedação constante no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992, observam-se, no microsistema processual, diversas regras que buscam incentivar a desjudicialização das controvérsias¹⁵ e a obtenção de soluções céleres e eficazes.

Nessa direção, diversas foram as legislações trazendo inovações no campo da autocomposição, podendo-se destacar como pioneiras a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/1995), ao prestigiar a conciliação e a mediação como instrumentos alternativos de resolução de conflitos, inclusive no âmbito penal. Um ano mais tarde, surgiu a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), na qual foi enaltecida a autonomia privada na resolução de conflitos.

Mais recentemente, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) enfatizou, entre as suas normas fundamentais, o estímulo aos métodos de solução consensual dos conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º). Tal orientação parte da correta premissa de que o uso desses métodos é considerado mais adequado, rápido, barato e eficiente, além de evitar a imposição de uma decisão pelo Estado-juiz, o que favorece o bom-senso das partes e contribui para a pacificação social¹⁶.

¹³ CAPELLETTI, Mauro. Op. cit.

¹⁴ VENTURI, Elton. Op. cit.

¹⁵ Idem.

¹⁶ CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. Resolução consensual de conflitos difusos e coletivos. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/383/317>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

Entre as técnicas extraprocessuais exaltadas no novo CPC, possuem destaque os institutos da arbitragem e dos termos de ajustamento de conduta, previstos nos arts. 3º, § 1º, e 174. Ressalta-se, contudo, que as regras relativas à arbitragem encontram-se disciplinadas pela Lei nº 9.307/1996, que fora alterada pela Lei nº 13.129/2015, e inovou ao prever, expressamente, a possibilidade de procedimento arbitral em litígios envolvendo o Poder Público.

Nessa mesma direção, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 125, estabeleceu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário. Tal Resolução segue as diretrizes do II Pacto Republicano, estabelecido, em 2009, entre os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, por meio do qual foram instituídas premissas básicas relativas à prestação jurisdicional, objetivando um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo.

1.1 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A utilização dos métodos autocompositivos vem ganhando força no âmbito do Ministério Público, com especial relevo quando em pauta discussões sobre direitos indisponíveis. Contudo, o assunto ainda é passível de acentuadas controvérsias, considerando o envolvimento de questões relacionadas à titularidade, legitimidade e indisponibilidade dos direitos em discussão¹⁷.

Apesar dos argumentos contrários, observa-se uma latente abertura e legitimação dos agentes ministeriais para o uso das práticas autocompositivas

¹⁷ “A imprescindibilidade da adjudicação pública de todo e qualquer conflito envolvendo direitos indisponíveis sempre foi a tônica do sistema de Justiça brasileiro. Para além de negar ostensivamente soluções conciliatórias no âmbito de referidas disputas, o sistema jurisdicional nacional ainda cuida de introduzir relevantes alterações nos processos pelos quais se pretende a adjudicação de tais causas, na medida em que se presume a existência de interesse público. Dentre as alterações procedimentais endereçadas à garantia dos interesses indisponíveis e públicos, talvez a mais ilustrativa diga respeito à intervenção obrigatória do Ministério Público, chamado então a exercer concretamente suas funções constitucionais (art. 127 da CF) pertinentes à fiscalização e proteção da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis. Desta forma, sempre perseverou a ideia segundo a qual conflitos envolvendo direitos individuais fundamentais (como a vida e a liberdade) ou direitos relativos a incapazes seriam considerados impassíveis de transação e, portanto, de solução acordada por qualquer mecanismo extrajudicial ou judicial que se resumisse à mera homologação. Pela mesma lógica, conflitos relativos a direitos transindividuais difusos (como a moralidade administrativa, a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado e o patrimônio público, dentre outros) não poderiam ser resolvidos consensualmente por via de transações, persistente a ideologia e a política da adjudicação pública como o único caminho.” (VENTURI, Elton. Op. cit.)

na resolução de conflitos. Por exemplo, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/1995) preveem a possibilidade de o Ministério Público utilizar, respectivamente, o mecanismo dos termos de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985) e firmar acordos, com validade de título executivo judicial (art. 57 da Lei nº 9.099/1995), nos âmbitos cível e criminal especiais, facultando, ainda, a possibilidade de atuar como “negociador” na pacificação de conflitos (arts. 72 e 89 da Lei nº 9.099/1995).

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em 2014, editou a Resolução nº 118, versando sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público. Assim, previu a possibilidade de negociação (art. 8º), disciplinou questões de mediação (arts. 9º e 10), conciliação (arts. 11 e 12), práticas restaurativas (arts. 13 e 14) e convenções especiais (arts. 15, 16 e 17)¹⁸.

Na sequência, foi editada a “Carta de Brasília”, em 22 de setembro de 2016, consistindo tal instrumento em um acordo pactuado entre a Corregedoria Nacional do CNMP e as Corregedorias-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, com objetivo de estimular a “utilização de mecanismos de resolução consensual, como a negociação, a mediação, a conciliação, as práticas restaurativas, as convenções processuais, os acordos de resultado, assim como outros métodos e mecanismos eficazes na resolução dos conflitos, controvérsias e problemas”.

Em seguida, o CNMP editou a Recomendação nº 54/2017, dispondo sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro, a qual reforçou as determinações das normativas preexistentes, para enfatizar a necessidade de efetivação da atuação do Ministério Público nas práticas autocompositivas.

¹⁸ “Por essa normativa, o Ministério Público passa a ter como incumbência implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos. A adoção se justifica, principalmente, para privilegiar a atuação preventiva, de redução de litigiosidade e também a disseminação social da cultura de paz, por meio da participação do diálogo e do consenso.” (BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; TESSEROLLI, Kelly Cristina Ferreira. MP restaurativo e a cultura da paz: a Resolução CNMP 118/2014 e a construção de um novo perfil de atuação ministerial. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/SamiaBonavides_KellyTesserolli_Texto_Resolucao_118_2014_CNMP.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2018)

Assim, evidencia-se uma preocupação e o surgimento de um novo perfil ministerial, o chamado “MP Restaurativo”¹⁹, que deve dar gradual preferência pela utilização das soluções extrajudiciais dos conflitos, com o objetivo de diminuição das demandas judiciais e a inclinação para uma atuação preventiva, proativa e que preza pelo diálogo.

Além do estímulo ao uso de soluções consensuais de litígios, outros aspectos são observados nesse conjunto normativo, especialmente no sentido de promover a autocomposição como meio de prevenção, estímulo ao diálogo e consenso entre as partes envolvidas, ressaltando a importância da atuação preventiva²⁰, superando a visão de um Ministério Público unicamente “demandista”²¹, além de, ainda, prezar pela ampliação do acesso à justiça, reforçando o postulado de garantia fundamental da sociedade e do indivíduo.

Com efeito, objetiva-se a pacificação social e a judicialização das demandas como última alternativa, após o esgotamento de todas as demais formas de resolução extrajudicial, a fim de que a tutela dos direitos fundamentais, pela atuação do Ministério Público, ocorra de maneira mais célere e eficaz.

1.2 AUTOCOMPOSIÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

Tradicionalmente, faz-se uma correlação entre a indisponibilidade e a inalienabilidade dos interesses públicos.

Conforme explica Elton Venturi, “justificada no interesse público a mais adequada proteção dos direitos indisponíveis (mesmo que contra a vontade de seus titulares), a proibição de qualquer negociação que os envolva muitas vezes tem implicado na absoluta ausência de sua proteção adequada”²².

Assim, surge a necessidade de discussão dessas restrições, pois, conforme já abordado, são inúmeras as atuais disposições normativas voltadas a privilegiar as práticas autocompositivas, de modo que é possível vislumbrar um significativo avanço e ponderação em relação às proibições preexistentes.

¹⁹ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Ministério Público Resolutivo: o modelo contemporâneo de atuação institucional. *Revista dos Tribunais*, v. 982, p. 107-134, ago. 2017.

²⁰ BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; TESSEROLLI, Kelly Cristina Ferreira. Op. cit.

²¹ SANTOS, Eduardo Sens dos. TAC em improbidade administrativa. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Editaln-03-2012/Artigos/EduardoSensdosSantos.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2018, p. 3.

²² VENTURI, Elton. Op. cit.

O Código Civil brasileiro, em seu art. 841, prevê o instituto da transação, restringindo, contudo, seu cabimento aos direitos patrimoniais disponíveis. No entanto, somente uma interpretação descontextualizada dessa regra jurídica conduziria à impossibilidade de resolução consensual de conflitos envolvendo direitos difusos ou coletivos²³. Isso decorre da natureza jurídica da transação, que, pela regra prevista no art. 840 do Código Civil, corresponde a concessões mútuas como forma de resolução de conflitos.

Ocorre que os termos “concessões mútuas” sugerem pela disponibilidade dos direitos em discussão, o que claramente não pode ser aplicado àqueles direitos cuja indisponibilidade lhes são inerentes. Assim, surge a necessidade de interpretar o art. 840 do Código Civil de forma ponderada, possibilitando ao Ministério Público, legitimado à tutela dos direitos indisponíveis difusos e coletivos, a discussão e o estabelecimento da melhor maneira de se alcançar a defesa desses interesses.

Isso não significa estar se permitindo aos agentes ministeriais promover a renúncia aos direitos sobre os quais se está litigando²⁴. O que se pretende é conceder uma nova forma de interpretação às restrições existentes, compatíveis ao momento vivido pela sociedade e às novas necessidades que constantemente vêm se apresentando para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves²⁵ ensinam que o instituto da transação consiste em negócio jurídico que importa em concessões recíprocas, fato que resta claramente vedado em relação aos direitos indisponíveis. Entretanto, complementam que o “ajustamento de conduta” – instrumento colocado à disposição para a autocomposição nesse cenário – “pode versar sobre interesses difusos uma vez que não importa, verdadeiramente, qualquer tipo de disposição ao direito material”²⁶.

²³ CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. Op. cit., p. 228.

²⁴ DALLA, Humberto; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Compromisso de ajustamento de conduta: atualidades e perspectivas de acordo com o projeto do novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 7, n. 7, p. 78, 2016.

²⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 906.

²⁶ “A indisponibilidade dos interesses coletivos impede a celebração de transação que importe em renúncia ao direito material tutelado. Entretanto, tal impedimento não impede a celebração de compromissos de ajustamento de conduta, em procedimentos extrajudiciais ou em ações que versem sobre direitos transindividuais, desde que importem na estipulação de mecanismos para a efetiva tutela desses

Apesar de o patrimônio público ser indisponível, quando se trata de métodos autocompositivos que estipulem mecanismos/instrumentos para a efetivação da tutela de interesses públicos, não se está “dispondo” do bem jurídico tutelado, e sim o tutelando de forma alternativa e célere.

Nesse sentido, Elton Venturi apresenta três motivos para que a negociabilidade possa ser aplicada aos direitos indisponíveis: a) a transação não importa, necessariamente, na renúncia ou na alienação dos direitos; b) a restrição ou o impedimento da transação de direitos indisponíveis não assegura a proteção de toda a sociedade ou de seus titulares contra si mesmos; c) negociar os direitos, ainda que indisponíveis, pode se revelar a melhor ou a única opção para sua efetiva proteção²⁷.

Assim, por meio de uma interpretação sistemática do art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, extrai-se que a utilização da autocomposição não significa necessariamente a renúncia dos direitos transindividuais, mas sim em “forma legítima, adequada e democrática de dar proteção a um direito, realizada de modo livre e consciente por aquele que é o legítimo titular do direito”²⁸.

Desse modo, infere-se que a exclusão da possibilidade de utilização de técnicas autocompositivas em casos de improbidade administrativa, notadamente pelo atual contexto de justiça brasileiro, não se mostra a solução mais adequada à efetivação dos direitos fundamentais.

direitos, tais como a concessão de prazo, a definição de modos de cumprimento e o parcelamento de obrigação de dar ou de fazer.” (CAMBLI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. Op. cit., p. 227)

²⁷ “A transação não importa necessariamente renúncia ou alienação dos direitos. Há diferentes modelos negociais que redundam, evidentemente, consequências distintas relativamente à cessão de direito material que caracteriza os processos de transação; i) ao contrário do que se poderia pensar, 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; ainda que assim não fosse, não parece mais razoável que o Estado simplesmente restrinja ou impeça o pleno exercício das titularidades sobre os direitos indisponíveis – e, portanto, de eventualmente se negociá-los – sob abstratas presunções de que estaria tutelando toda a sociedade ou os seus titulares contra si mesmos, na medida da sua incapacidade de livre manifestação de vontades. [...] Se o verdadeiro sentido de interesse público residente no conceito dos direitos indisponíveis parece depender da coordenação entre o respeito da autonomia privada e, ao mesmo tempo, dos interesses sociais, então, no mais das vezes, a única maneira de se afirmá-los e tutelá-los adequadamente será uma análise cuidadosa, caso a caso, a respeito da validade e da legitimidade da manifestação volitiva dos seus titulares, ainda que contraposta a interesses considerados coletivos ou públicos. Até porque, como adiante se destaca, negociar os direitos – inclusive os indisponíveis – pode se revelar a melhor ou a única opção para sua efetiva proteção.” (VENTURI, Elton. Op. cit.)

²⁸ Idem.

É necessário, pois, que seja adotada uma nova forma de interpretação em relação às proibições existentes, de forma congruente às necessidades atuais, possibilitando o uso de métodos autocompositivos, nos quais o interesse público seja assegurado, com respeito às garantias constitucionais e o respeito à eficiência e à razoável duração do processo.

1.3 TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTOS ADEQUADOS À AUTOCOMPOSIÇÃO NOS CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O termo de ajustamento de conduta (TAC) – ou, simplesmente, compromisso de ajustamento de conduta –, consiste no instrumento colocado à disposição do Ministério Público, e dos demais órgãos públicos legitimados para a propositura da ação civil pública (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985), para a concretização das técnicas autocompositivas.

Pelo TAC, o responsável pela lesão ou ameaça a direitos deve reconhecer que a conduta ofende interesse difuso ou coletivo, bem como assumir o compromisso de eliminar a ofensa por meio da adequação de seu comportamento às exigências jurídicas²⁹.

O TAC dever prever, de um lado, obrigação(ões) de fazer ou não fazer e cominação(ões) de sanção(ões) para a reparação dos danos causados, e, de outro, caracteriza-se por seu viés pedagógico, voltado à prevenção de futuras reincidências.

O compromissário estabelece condições de tempo, modo e lugar para o cumprimento das obrigações, de modo que não há disposição/cessão do conteúdo do ilícito praticado (bem jurídico material), uma vez que o compromisso deve versar sobre a plena satisfação do interesse lesado³⁰.

Sob a perspectiva de sua natureza jurídica, há divergência doutrinária no sentido de o TAC tratar-se de transação, acordo³¹, reconhecimento jurídico

²⁹ DALLA, Humberto; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Op. cit., p. 2.

³⁰ CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. Op. cit., p. 231.

³¹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 136.

do pedido³², negócio jurídico³³ ou, ainda, sob a concepção de equivalente jurisdicional³⁴. De modo que se verifica que os autores a tratarem da temática ainda se dividem quanto a esses aspectos terminológicos.

No Brasil, o compromisso de ajustamento de conduta surgiu no art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e ganhou ainda mais força após o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, que incorporou o instituto na Lei de Ação Civil Pública (art. 5º, § 6º).

Embora a Lei de Ação Civil Pública refira-se unicamente à possibilidade de ajustamento de conduta na seara extrajudicial, já é consolidada a possibilidade de sua celebração também durante o trâmite do processo judicial³⁵. Porém, quando formalizados pelo Ministério Público, ainda no curso da investigação, há necessidade de homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público³⁶.

O art. 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública, ao referir-se aos legitimados a possibilidade, menciona serem os “órgãos públicos legitimados”, ou seja, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Administração Direta, autarquias e fundações de direito público. Em razão disso, verifica-se um amplo rol de legitimados à sua celebração, de modo que a possibilidade não está restrita ao Ministério Público³⁷.

Em casos de descumprimento dos ajustes acordados no compromisso de ajustamento de conduta, ou, ainda, se um dos colegitimados entender pela insuficiência dos termos acordados, é cabível a propositura da ação civil pública para a revisão judicial de seus termos, não obstante o TAC, a partir de sua homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público, passe a ter eficácia de título executivo extrajudicial³⁸.

³² GAJARDONI, Fernando da Fonseca; GOMES, Luiz Flávio (Prefaciador) et al. *Comentários à lei de improbidade administrativa*: Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 254.

³³ DALLA, Humberto; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Op. cit., p. 77.

³⁴ CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. Op. cit., p. 231.

³⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 907.

³⁶ Idem, p. 907.

³⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; GOMES, Luiz Flávio (Prefaciador) et al. Op. cit., p. 255.

³⁸ Idem.

2 A AUTOCOMPOSIÇÃO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DO ARTIGO 17, § 1º, DA LEI Nº 8.429/1992

Como já salientado, o art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 veda expressamente a possibilidade de transação na improbidade administrativa, regra que pode ser explicada em razão de os métodos alternativos de resolução de litígios serem incompatíveis com o desvalor atribuído pelo Constituinte de 1988 ao ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º)³⁹.

Tal situação pode ser melhor compreendida analisando-se o contexto no qual a Lei de Improbidade Administrativa foi concebida, isto é, ela foi editada com o intuito de efetivar os anseios constitucionais constantes no art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

A aludida vedação atendia às necessidades do momento de sua edição, qual seja, o fim da era ditatorial que marcou a Constituição Federal de 1998 e que, por conseguinte, refletiu diretamente na criação da Lei nº 8.429/1992, no sentido de velar pela moralização das condutas dos agentes públicos e a prevenção de eventuais atos capazes de colocar em risco a segurança jurídica⁴⁰.

Todavia, nota-se que os atuais e constantes avanços observados no sistema de justiça brasileiro, aliados à necessidade de conferir eficiência e celeridade à resolução de demandas, tornou a vedação constante do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 anacrônica dentro do microsistema de combate à corrupção. Tal regra não mais se compatibiliza com a evolução da noção da probidade administrativa e dos instrumentos de defesa, que exige uma interpretação sistemática, para extrair do ordenamento jurídico a máxima efetividade da tutela do patrimônio público⁴¹.

Percebe-se que, não obstante a existência das referidas inconsistências, o novo cenário que vem se assentando em nosso país trouxe outros anseios à doutrina administrativista e processualista, que passou a discutir novas formas de sua interpretação – ainda que repletas de divergências e entendimentos contraditórios entre si –, com a finalidade de conferir coerência com as novas formas de resolução de conflitos.

³⁹ MARTINS, Tiago do Carmo. Conciliação em ação por improbidade administrativa. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 76, fev. 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109233/conciliacao_acao_improbidade_martins.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2018.

⁴⁰ ROCHA, Marcelo Dantas; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Op. cit., p. 149.

⁴¹ Idem, p. 148.

Tal movimento também pode ser observado no âmbito do próprio Poder Executivo, que, por meio da edição da Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015, tentou modificar tal situação, para revogar o art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992. Porém, a medida provisória não foi convertida em lei, e a vedação tornou a ser válida.

Mais recentemente, pode-se afirmar que, em razão do contexto no qual o Poder Judiciário nacional encontra-se inserido, notadamente pelas repercussões da “Operação Lava Jato”, a defesa ao Erário e à probidade administrativa ganharam nova repercussão e importância na sociedade, que passou a clamar ainda mais pela efetividade da justiça.

Outro movimento observado no âmbito do Poder Legislativo foi a apresentação do Projeto de Lei nº 4.850/2016⁴², popularmente conhecido como “As dez medidas contra a corrupção”. Dentre as medidas propostas, algumas repercutem diretamente na seara da improbidade administrativa.

A 5ª medida⁴³ versa sobre a possibilidade de o Ministério Público celebrar acordos no âmbito da Lei nº 8.429/1992⁴⁴, sugerindo, ainda, a criação de varas, câmaras e turmas especializadas para julgar ações de improbidade administrativa e ações decorrentes da lei anticorrupção, além de conferir ao Ministério Público a possibilidade de firmar acordos de leniência.

Já no campo doutrinário, as discussões relativas à vedação contida no § 1º do art. 17 são um pouco mais imprecisas. Parte dos doutrinadores, a exemplo de Marcelo Dantas Rocha, Margareth Vetis Zaganelli e Ricardo de Barros Leonel, defende que a impossibilidade da autocomposição justifica-se em razão da indisponibilidade dos interesses envolvidos⁴⁵, bem como que os legitimados não

⁴² 10 Medidas contra a corrupção. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

⁴³ [...] é alterada a redação do art. 17 para agilizar a fase inicial do procedimento, que hoje contém uma duplicação de etapa ineficiente e desnecessária, consistente na existência de duas oportunidades sucessivas para apresentação de defesa. O modelo que passou a ser adotado é, por analogia, o da Reforma do Código de Processo Penal, que protege um direito mais sensível – a liberdade – e permite apenas uma defesa, após a qual o juiz poderá extinguir a ação, caso ela careça de fundamento para prosseguir. Com isso, evita-se que alguém responda a uma ação de improbidade injustificada e, ao mesmo, tempo evita repetição desnecessária de atos. A recorribilidade da decisão que recebe a ação fica preservada mediante o instituto do agravo retido, a não mais de instrumento.

⁴⁴ ROCHA, Marcelo Dantas; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Op. cit., p. 149.

⁴⁵ Idem, p. 150.

podem dispor desses direitos por não serem seus titulares⁴⁶. Ainda, afirma-se que tal posicionamento está associado “à postura rígida que se espera no combate à improbidade com a inadmissibilidade de qualquer forma de consenso”⁴⁷.

Todavia, sob outro viés, há posicionamentos no sentido de reconhecer a possibilidade da aplicação de métodos autocompositivos na improbidade administrativa, ainda que de forma parcial e limitada.

Nessa linha, Emerson Garcia e Roberto Pacheco Alves reconhecem a possibilidade de realização de acordos, restringindo-se aos aspectos relativos às condições, ao prazo e ao modo de reparação dos danos. Ressaltam, contudo, que, mesmo quando celebrados referidos acordos, não haveria óbice à possibilidade de ajuizamento da ação civil para a aplicação das sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição de contratar com o Poder Público ou de ele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios⁴⁸.

Do mesmo modo, Bruno Takahashi defende que, caso a vedação do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 fosse suprimida, a investigação no âmbito civil cessaria, fato que possivelmente poderia frustrar a aplicação das sanções da Lei de Improbidade. Todavia, sustenta que o afastamento da vedação seria possível ao tratar-se apenas de enriquecimento ilícito e dano ao Erário, ou seja, quando a ação versar apenas sobre a reparação integral do dano, de modo que a concessão não ocorreria em relação ao montante devido, mas sim quanto à forma, local e prazos para pagamento, ou seja, também em relação a aspectos secundários⁴⁹.

Uma outra vertente da doutrina manifesta-se pela abertura da possibilidade sem, contudo, apontar restrições. Nesse sentido, Wallace Paiva Martins Júnior⁵⁰, ao defender que a utilização de autocomposição na seara da improbidade administrativa não quer dizer dispor do interesse público e da indisponibilidade

⁴⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 350.

⁴⁷ TAKAHASHI, Bruno. A solução consensual de controvérsias e o art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 102, n. 927, p. 23-41, jan. 2013.

⁴⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 908.

⁴⁹ TAKAHASHI, Bruno. Op. cit., p. 2-3.

⁵⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 362-363.

do direito tutelado, afirma que reconhecer tal possibilidade significa prezar pela eficiência na tutela do patrimônio público.

Rodolfo de Camargo Mancuso acompanha tal raciocínio, ao asseverar que o afastamento da possibilidade de autocomposição “laboraria *contra* a tutela do interesse metaindividual objetivado” e, nessas situações, “a recusa ao acordo não se justifica, porque nas ações coletivas o interesse reside menos em ‘vencer’ a causa e, muito mais, em obter, de modo menos oneroso, ou menos impactante, a melhor solução para o conflito”⁵¹. Acrescenta, ainda, que, “no âmbito da ação civil pública, deve sempre prevalecer o interesse na efetiva tutela dos valores morais da sociedade civil, a que este instrumento processual está vocacionado, de sorte que, se o objetivo colimado – proteção ou reparação ao interesse metaindividual ameaçado ou lesado – puder ser alcançado pela via consensual, com economia de tempo e de custos, não há motivo plausível para se negar a legitimidade a essa solução consensual”⁵².

Além disso, o tema é de discussão no âmbito das Cortes superiores⁵³, embora ainda sem posicionamento sedimentado e unificado, de modo que os tribunais vêm analisando caso a caso e ainda são verificadas decisões conflitantes entre si.

Exemplo disso é a ADIn 5.980⁵⁴, ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) junto ao Supremo Tribunal Federal, no mês de julho 2018, face da vedação do § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 (LIA), que proíbe expressamente a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de improbidade administrativa⁵⁵. Dentre as razões expostas para a propositura da mencionada demanda, destacam-se as seguintes: “As alegações do partido político são de que a regra produz uma ‘absoluta ineficiência administrativa’, porquanto impede a solução mais rápida

⁵¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2016. p. 315.

⁵² *Idem*, p. 312.

⁵³ Disponível em: <<http://www.patrimoniopublico.mppr.mp.br/2018/08/20/O-Conselho-Superior-do-Ministerio-Publico-ja-homologou-171-Termos-de-Ajustamento-de-Conduita-em-materia-de-improbidade-administrativa.html>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

⁵⁴ STJ, ADIn 5980/DF, 0075402-71.2018.1.00.0000, Rel. atual Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5512784>>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁵⁵ LINDB autoriza TAC em ações de improbidade administrativa. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-09/interesse-publico-lindb-autoriza-tac-acoessimprobidade-administrativa>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

dos litígios, causando 'duplo prejuízo ao Erário', seja pelo aumento dos gastos, seja pelo tempo de duração dos processos"⁵⁶.

Em contrapartida, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já se "afastou a possibilidade dessa composição, à luz de dispositivo da Lei nº 13.655/2018, que possibilita a compensação de benefícios indevidos"⁵⁷, sob a justificativa do fim da vigência da Medida Provisória nº 703, que, conforme já mencionado, extinguiu a vedação do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992.

Ademais, na prática das atividades ministeriais, à vista dos evidentes benefícios oriundos das novas formas de resolução de litígios, o reconhecimento à possibilidade vem ganhando ampla aceção por parte dos representantes da instituição, a exemplo do que vem ocorrendo nos âmbitos dos Ministérios Públicos de Santa Catarina e do Paraná, uma vez que é possível observar o expressivo movimento dos agentes ministeriais em relação à aceitação das novas práticas.

Nesse contexto, são destacáveis as conclusões do representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina Eduardo Sens dos Santos no seguinte sentido: "A vedação do art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa deve ser interpretada restritivamente, já que se trata de restrição ao poder do Ministério Público, limitando a possibilidade de acordo entre as partes apenas no momento processual específico de improbidade, quer dizer, depois de recebida a petição inicial, quando já esteja instaurada a instância". Ainda complementa: "Em nosso entender, a Lei de Improbidade Administrativa veda acordos 'nas ações' de improbidade administrativa', não está vedada a celebração de TAC"⁵⁸.

Já no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná, Eduardo Cambi e Cláudio Smirne Diniz manifestam-se a favor da possibilidade da autocomposição na defesa do patrimônio público, ressaltando a necessidade de

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ STJ, AgInt-REsp 1654462/MT, 1ª T., Rel. Sérgio Kukina, J. 07.06.2018, DJe 14.06.2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1654462&&b=ACOR&thesaurus=URIDICO&p=true>>. Acesso em: 16 set. 2018.

⁵⁸ SANTOS, Eduardo Sens dos. TAC em improbidade administrativa. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Editaln-03-2012/Artigos/EduardoSensdosSantos.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2018, p. 5.

conferir uma nova forma de interpretação à vedação, baseada nas disposições principiológicas insculpidas na carta constitucional⁵⁹.

2.1 O MICROSSISTEMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO

O cenário no qual as novas formas de interpretação da Lei de Improbidade Administrativa está inserido ainda encontra-se em construção. Observam-se expressivas alterações no âmbito legislativo, com inserção de normativas voltadas à resolução alternativa de conflitos ao chamado “microsistema de combate à corrupção”⁶⁰.

Referido sistema, notadamente em relação à autocomposição, atualmente é constituído pelas Leis dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995) e Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/2001). Porém, destaca-se a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/2013), marcada como “um avanço rumo à solução concertada e pacífica das controvérsias em âmbito administrativo”⁶¹, uma vez que dedica especial incentivo à realização dos acordos de leniência⁶².

Dois anos mais tarde, surgiu a reforma na Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/2015) – ampliando a possibilidade de realização de procedimento arbitral envolvendo a Administração Pública – e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), que possibilita a utilização de procedimento de mediação em conflitos que versem sobre direitos disponíveis e/ou direitos indisponíveis passíveis transação (art. 3º)⁶³.

Na mesma direção, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) foi alterada por meio da Lei nº 13.655/2018, que se pautou pelos critérios de necessidade de concessão de segurança jurídica e de eficiência na criação e na aplicação do direito público. Também deu preferência pelas formas alternativas de resolução de controvérsias na seara da improbidade

⁵⁹ DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Possibilidades de solução extrajudicial de conflitos na área da proteção ao patrimônio público e da tutela da probidade administrativa. Disponível em: <<https://congressoanacional2017.ammp.org.br/index/teses>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

⁶⁰ ROCHA, Marcelo Dantas; ZAGANELLI, Margareth Vetus. Op. cit., p. 151-153.

⁶¹ FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos na nas relações público-privadas: lei anti-improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, a. 12, n. 47, p. 34.

⁶² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 278.

⁶³ CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole. Mediação de conflitos envolvendo direitos fundamentais sociais. *Revista de Processo*, v. 289, p. 473-507, mar. 2019.

administrativa, objetivando a eliminação da incerteza jurídica e a busca por soluções proporcionais, eficientes e compatíveis aos ilícitos praticados.

Atento a essa linha evolutiva, o Ministério Público brasileiro tem aperfeiçoado o seu aparato normativo, como a edição das já mencionadas Resolução nº 118/2014 (Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público) e Recomendação nº 54/2017, ambas consubstanciadas na constante necessidade de conferir efetividade à atuação do *Parquet* e buscando ampliação das possibilidades autocompositivas na resolução de litígios.

Assim, verifica-se que o microsistema de combate à corrupção vem sendo aperfeiçoado, nos últimos anos, o que pode gerar significativas e positivas alterações no atual cenário jurídico.

2.2 OS LIMITES À POSSIBILIDADE DE AUTOCOMPOSIÇÃO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Apesar da ampliação da possibilidade do uso dos métodos autocompositivos, é importante traçar limites à sua aplicação nos casos de improbidade administrativa, uma vez que a titularidade é coletiva e o direito é indisponível.

Como já asseverado, há dificuldade, especialmente por parte da doutrina, em conceber restrições práticas à aplicação das novas formas de resolução dos litígios em casos envolvendo direitos transindividuais⁶⁴. Os posicionamentos defendidos variam entre a vedação absoluta, a aceitação da possibilidade em relação apenas aos aspectos formais das tratativas⁶⁵ e, ainda, aqueles que sustentam a possibilidade de autocomposição na improbidade administrativa em casos determinados.

A Lei de Improbidade Administrativa prescreve, em seu art. 12, diversas modalidades de sanções, desde as mais amenas até as mais severas. Estas últimas, por vezes, geram forte resistência quanto à sua aplicação por parte do Poder Judiciário, especialmente quando se está diante de ilícitos de menor repercussão patrimonial⁶⁶.

⁶⁴ TAKAHASHI, Bruno. Op. cit., p. 4.

⁶⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 908.

⁶⁶ Idem, p. 912.

Assim, para se entender os limites quanto à possibilidade da autocomposição na improbidade administrativa, é importante aferir o grau de reprovabilidade da situação ímproba e como a jurisprudência tem aplicado as sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade⁶⁷.

Por vezes, coloca-se diante de situações cujo valor patrimonial ou o dano ao patrimônio, como um todo, por si só, não são suficientes a justificar a movimentação da máquina estatal, em razão de uma responsabilização por ato de improbidade administrativa. Afinal, nenhuma aplicação de sanção, pelo Poder Judiciário, prescinde da comprovação do elemento subjetivo, seja dolo, para as tipificações dos arts. 9º e 11, ou culpa, para os delitos do art. 10 da Lei nº 8.429/1992⁶⁸.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se acerca da necessidade de distinção entre os atos meramente irregulares e de improbidade administrativa propriamente dita, tendo ressaltado pela impossibilidade de essa última ajustar-se ao “princípio da insignificância”⁶⁹, dada a natureza indisponível sobre a qual versa o direito em questão.

As irregularidades administrativas precisam ser solucionadas na própria esfera administrativa⁷⁰, sendo desnecessárias a movimentação da máquina estatal e a judicialização da demanda. Nesses casos, não há óbice legal à possibilidade de autocomposição, na medida que “não se estaria a dispor de quaisquer sanções da Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que não é aplicável à hipótese”⁷¹.

⁶⁷ “[...] a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade de meios e fins.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 689)

⁶⁸ REsp 1192056/DF, 1ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/o Ac. Min. Benedito Gonçalves, J. 17.04.2012, DJe 26.09.2012.

⁶⁹ STJ, REsp 892818/RS, 2006/0219182-6, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, J. 11.11.2008, DJe 10.02.2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8589975/recurso-especial-resp-892818-rs-2006-0219182-6/inteiro-teor-13674659?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 set. 2018.

⁷⁰ DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBL, Eduardo. Op. cit.

⁷¹ Idem, *ibidem*.

Ainda, é possível cogitar a celebração de ajustamentos de conduta quando em discussão atos de improbidade administrativa considerados de “menor potencial ofensivo”⁷².

Há evidente vantagem nessa solução consensual, especialmente para a sociedade, visto que seriam evitados os morosos e custosos processos judiciais – além de isso ser benéfico para os próprios agentes, que, ao se submeterem aos termos da transação, evitam a aplicação das sanções mais severas previstas na lei.

Nesse sentido, Eduardo Sens, baseado em situações enfrentadas no cotidiano da atuação do Ministério Público, refere-se às vantagens na adoção dos compromissos de ajustamento de conduta quando vislumbrados atos de improbidade administrativa a serem sancionados com “no máximo” multa⁷³. Ademais, afirma não haver justificativa para a negação da validade do ajustamento de conduta, quando consensualmente se obtenha a mesma resposta a ser obtida com o processo judicial⁷⁴.

Por outro lado, privar o Ministério Público da possibilidade de solução consensual e obtenção de sanções rápidas e efetivas, quando está diante de atos de improbidade considerados “de menor potencial ofensivo”, seria o mesmo que esvaziar o poder de o Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos (CF, art. 129, II)⁷⁵.

Também já nos manifestamos pela aceitação do uso dos termos de ajustamento de conduta em casos de “pequena gravidade”. Nessas hipóteses, estariam sendo observadas questões de proporcionalidade na análise dos casos concretos, considerando principalmente o grau de reprovabilidade da conduta do agente ímprobo, o nível hierárquico e a reiteração da conduta⁷⁶. Destarte, o ressarcimento dos danos pode se dar de maneira mais efetiva, com diminuição

⁷² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit.

⁷³ SANTOS, Eduardo Sens dos. TAC em improbidade administrativa. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Editaln-03-2012/Artigos/EduardoSensdosSantos.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2018, p. 6.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 994/2018, p. 49-66, ago. 2018.

do tempo de discussão da demanda, além de evitar a judicialização desnecessária e a resolução do conflito de forma pacífica e satisfatória.

Percebe-se que a adoção dessas novas técnicas de resolução de conflitos vem ganhando ampla aceção por parte da instituição ministerial. Tanto os Ministérios Públicos Estaduais quanto o Federal passaram a permitir a celebração de compromissos de justamentos de conduta em casos de improbidade que ensejaram pequenos danos ao Erário, com o conseqüente arquivamento do inquérito civil sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário⁷⁷.

Tal cenário ficou ainda mais claro, em 2017, com a edição de atos normativos pelos Conselhos Superiores do Ministério Público do Estado do Paraná e de Minas Gerais. As Resoluções nºs 01/2017 e 03/2017, respectivamente, objetivaram o estabelecimento de parâmetros procedimentais e materiais à celebração de compromissos de ajustamento de conduta e os acordo de leniência.

Assim, instituíram critérios técnicos a serem observados para a aplicação das novas práticas autocompositivas, dentre os quais dispôs sobre a necessidade de o compromisso versar sobre a recomposição do dano patrimonial causado, aliado à imposição de uma ou mais sanções cominadas ao caso, quando a devolução dos valores recebidos indevidamente ou o ressarcimento do dano não se mostrarem suficientes à repressão e à prevenção.

Seguindo essa tendência, em âmbito nacional, por meio da Resolução nº 179/2017, o Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou a celebração de compromissos de ajustamento de conduta pelos órgãos ministeriais. Contemplou, expressamente, no art. 1º, § 1º, a possibilidade de realização de termo de ajustamento de conduta nas hipóteses de improbidade administrativa: “É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”.

⁷⁷ PEREIRA, Leydomar Nunes. Regulamentação de termos de acordo na improbidade administrativa: fundamentação constitucional e legal. 2018, 91f. Dissertação (Mestrado em Direito e Gestão de Conflitos) - Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza - Unifor. Fortaleza/CE, 2018. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/uol/conteudosite/?cdConteudo=8532258>>. Acesso em: 28 jul. 2018, p. 76.

Ainda, encontra-se em trâmite, perante o Conselho Superior do Ministério Público Nacional, desde maio do ano de 2018, proposta de Resolução⁷⁸ para a instituição da possibilidade de celebração de ajustamento de conduta em procedimentos administrativos disciplinares em face dos próprios membros do Ministério Público. No corpo da proposta, argumentou-se que a utilização dos TACs mostram-se benéficos em decorrência da existência de diversas infrações administrativas de “menor potencial ofensivo” – aquelas cujas penas restringem-se à advertência, censura ou suspensão de 30 (trinta) dias –, cuja instauração de processo administrativo disciplinar reflete em altos custos para o Poder Público.

O Conselheiro Valter Shuenquener de Araújo, ao fazer a proposição, também argumentou pela necessidade de certa “coordenação entre os sistemas penal e administrativo sancionador, com vistas a evitar um quadro de sobreposição de sanções”, porque, às vezes, a sanção administrativa acaba sendo mais severa do que a penal – em decorrência da maior receptividade dos acordos na seara penal –, colocando-se em risco a estruturação do sistema de garantias⁷⁹. Outro ponto que foi ressaltado refere-se à lentidão inerente aos processos disciplinares, em virtude da existência de um exponencial número de demandas, o que, por diversas vezes, faz com que a apuração das infrações e a possibilidade de aplicação das respectivas sanções fiquem fulminadas pelo advento da prescrição. Por fim, a proposta pautou-se especialmente na questão do caráter pedagógico que a celebração dos ajustamentos de conduta possui, dado que a realização do TAC, além de conferir celeridade à resolução do litígio, coage o compromissário a ajustar sua conduta, ficando adstrito à observância de deveres e proibições⁸⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Direito brasileiro, observa-se a gradual aceitação dos meios autocompositivos para a resolução de litígios. Apesar de resistências da sua aplicação quando são envolvidos interesses indisponíveis, é possível observar uma progressiva alteração nos posicionamentos tradicionais que se pautavam

⁷⁸ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Proposta de Resolução, com o propósito de instituir a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta – TAC no âmbito do Ministério Público brasileiro, no exercício do poder disciplinar. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/tac.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2018.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Idem.

pela não aceitação da possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta para as hipóteses de improbidade administrativa.

Apesar da vedação constante no art. 17, § 1º, da LIA para as ações de improbidade administrativa já ajuizadas, a legislação pátria tem admitido a realização de acordos envolvendo interesses públicos, uma vez que a adoção desses mecanismos propicia maior eficiência, celeridade e economia processual, sem comprometer as garantias fundamentais do devido processo legal, da ampla defesa, contraditório e duração razoável do processo, bem como se coaduna com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Com isso, evita-se a judicialização dos conflitos, e os litigantes passam a ser protagonistas da resolução das controvérsias. O Ministério Público ou o outro agente público legitimado torna-se um “mediador” dos conflitos, o que incentiva o diálogo e uma solução mais acertada e benéfica para a proteção do interesse público e social.

A propósito, somente no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná, de acordo com o levantamento realizado pela Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos de Planejamento Institucional (SubPlan), no mês de abril de 2019, o Conselho Superior já havia homologado, considerando o período de 2011 até 2018, o total de 6813 TACs, sendo que, desse montante, 1977 correspondem aos compromissos celebrados em matéria de improbidade administrativa.

Nesse cenário, são evidentes os benefícios decorrentes dessas novas formas de resolução de litígios. A adoção de novas técnicas autocompositivas na seara da improbidade administrativa, observando-se seus limites, viabiliza um significativo meio de combate aos atos ilícitos e imorais que atingem a coisa pública, resultando na efetiva proteção do patrimônio público e da probidade administrativa (CF, art. 37, § 4º).

Portanto, *de lege ferenda*, ainda que a vedação do art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa não impeça a realização de termo de ajustamento de conduta na esfera extrajudicial, tal regra precisa ser revogada pelo Congresso Nacional. Enquanto isso não acontece, contudo, é possível, pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, concluir pela admissibilidade da autocomposição nas hipóteses de improbidade administrativa com fundamento nas normas jurídicas mais recentes e da jurisprudência do STJ que asseguram tal possibilidade, em especial quando a conduta for de pequena monta, com

apoio nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência, ou, em circunstâncias especiais, quando da celebração de acordo de leniência, para se resguardar o princípio da unidade do injusto.

REFERÊNCIAS

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. O microsistema de proteção da probidade administrativa e a construção da cidadania. In: *Livro de Teses – XX Congresso Nacional do MP*.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; TESSEROLLI, Kelly Cristina Ferreira. *MP restaurativo e a cultura da paz: a Resolução CNMP 118/2014 e a construção de um novo perfil de atuação ministerial*. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/SamiaBonavides_KellyTesserolli_Texto_Resolucao_118_2014_CNMP.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2018.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Ministério Público Resolutivo: o modelo contemporâneo de atuação institucional. *Revista dos Tribunais*, v. 982, ago. 2017.

_____; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole. Mediação de conflitos envolvendo direitos fundamentais sociais. *Revista de Processo*, v. 289, mar. 2019.

_____; SOUZA, Fernando Machado de. Resolução consensual de conflitos difusos e coletivos. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/383/317>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

CAPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, v. 74 [RT on line].

DALLA, Humberto; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Compromisso de ajustamento de conduta: atualidades e perspectivas de acordo com o projeto do novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 7, n. 7, 2016.

DINIZ, Cláudio Smirne; CAMBI, Eduardo. Possibilidades de solução extrajudicial de conflitos na área da proteção ao patrimônio público e da tutela da probidade administrativa. Disponível em: <<https://congressonacional2017.amp.org.br/index/teses>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____; CAMBI, Eduardo. Solução extrajudicial de conflitos na proteção do patrimônio público e da probidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 994/2018, p. 49-66, ago. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FÁZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei nº 12.846/2013 e seus impactos na nas relações público-privadas: lei anti-improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, a. 12, n. 47.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; GOMES, Luiz Flávio (Prefaciador) et al. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429, de 2 de junho de 1992*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual coletivo*. 2. ed. São Paulo: SRS, v. 1, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2016.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Tiago do Carmo. Conciliação em ação por improbidade administrativa. *Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre*, n. 76, fev. 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/109233/conciliacao_acao_improbidade_martins.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2018.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

PEREIRA, Leydomar Nunes. Regulamentação de termos de acordo na improbidade administrativa: fundamentação constitucional e legal. 2018, 91f. Dissertação (Mestrado em Direito e Gestão de Conflitos) – Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza – Unifor. Fortaleza/CE, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROCHA, Marcelo Dantas; ZAGANELLI, Margareth Vetis. O ajustamento de conduta em atos de improbidade administrativa: anacronismos na vedação da transação na lei brasileira. *Cadernos de Derecho Actual*, n. 7, 2017.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Eduardo Sens dos. TAC em improbidade administrativa. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Editaln-03-2012/Artigos/Eduardo-SensdosSantos.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

TAKAHASHI, Bruno. A solução consensual de controvérsias e o art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 102, n. 927, p. 23-41, jan. 2013.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, v. 251 [RT on line].

Submissão em: 14.04.2019
Avaliado em: 13.06.2019 (Avaliador A)
Avaliado em: 06.06.2019 (Avaliador B)
Aceito em: 13.08.2019

