

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA
EM HIPÓTESES DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: POSSIBILIDADE,
LEGITIMIDADE E LIMITES**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Julia Dalla Roza Schiavo

Santa Maria, RS, Brasil

2013

**COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA
EM HIPÓTESES DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: POSSIBILIDADE,
LEGITIMIDADE E LIMITES**

por

Julia Dalla Roza Schiavo

Monografia apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Santos de Oliveira
Coorientador: Prof. Mestrando Sadi Flôres Machado

Santa Maria, RS, Brasil

2013

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de Graduação

**COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA
EM HIPÓTESES DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA: POSSIBILIDADE,
LEGITIMIDADE E LIMITES**

elaborada por
Julia Dalla Roza Schiavo

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rafael Santos de Oliveira
(Presidente/Orientador)

Prof. Mestrando Sadi Flôres Machado
(Coorientador)

Prof.^a Dra. Maria Beatriz Oliveira da Silva
(Universidade Federal de Santa Maria)

Alexandre Gallina Krob
(Defensor Público Federal)

Santa Maria, 12 de dezembro de 2013.

“Há mais coragem em ser justo, parecendo ser injusto,
do que ser injusto para salvaguardar as aparências da justiça”.

Piero Calamandrei

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA EM HIPÓTESES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: POSSIBILIDADE, LEGITIMIDADE E LIMITES

AUTORA: JULIA DALLA ROZA SCHIAVO

ORIENTADOR: RAFAEL SANTOS DE OLIVEIRA

COORIENTADOR: SADI FLÔRES MACHADO

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 12 de dezembro de 2013.

Ante o reconhecimento da insuficiência do processo judicial para, sozinho, solucionar todo e qualquer litígio surgido nas complexas relações atuais, especialmente em sede coletiva, as técnicas extraprocessuais aparecem como instrumentos resolutivos alternativos. Com elas, os mesmos litígios que ensejariam o ajuizamento de ação judicial - com todo o formalismo e alto custo a si inerente - , passam a poderem ser solucionados sem a necessária intervenção do Poder Judiciário. Através dos legitimados coletivos e do consenso, soluções mais céleres, informais, participativas e menos onerosas tornam o alcance da efetividade mais concreto e possível. Dentre os vários instrumentos extraprocessuais de tutela coletiva, tem-se o Compromisso de Ajustamento de Conduta, também chamado de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), em razão do Termo que o formaliza. Com a celebração de TAC condutas contrárias à lei são a ela adequadas, por meio do consenso. O instrumento possui ampla aplicação em diversas áreas, e mostra-se um meio eficaz à tutela dos direitos coletivos. Todavia, tradicionalmente veda-se a sua utilização no campo da Improbidade Administrativa. Isso, pois o artigo 17, §1º, da Lei n.º 8.429/92, obsta a possibilidade de transação, acordo ou conciliação no âmbito de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa. A vedação legal ocorre pela ideia de que o patrimônio público e a probidade de seus agentes são bens indisponíveis, e de que, em casos de Improbidade Administrativa, meios alternativos de tutela colocariam em risco o interesse coletivo. Diante disso, o presente trabalho de pesquisa visa, através dos métodos dedutivo e monográfico, associado ao emprego da técnica de pesquisa documental e bibliográfica, analisar a possibilidade excepcional de firmatura de Compromisso de Ajustamento de Conduta em hipóteses de Improbidade Administrativa. Conclui-se pela necessidade de flexibilização das posições jurisprudenciais e doutrinárias que negam indistintamente a referida possibilidade, de modo que, com olhos no caso concreto, seja viabilizada a celebração do Compromisso se este for o meio mais satisfatório e que mais adequadamente tutele o interesse coletivo.

Palavras-chave: Compromisso de Ajustamento de Conduta. Direitos coletivos. Improbidade Administrativa. Tutela coletiva.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

COMMITMENT OF CONDUCT ADJUSTMENT ON ADMINISTRATIVE IMPROBITY CASES: POSSIBILITY, LEGITIMATED AND LIMITS

AUTHOR: JULIA DALLA ROZA SCHIAVO

ADVISER: RAFAEL SANTOS DE OLIVEIRA

CO-ADVISER: SADI FLÔRES MACHADO

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 12th, 2013.

Facing the recognition of the judicial process inadequacy to, unattended, solve any dispute arising in complex relationships, especially in collective field, extra procedural techniques appear as alternative instruments. This way, the same litigations that would result in lawsuits, with all the bureaucracy and high cost involved, can be solved without the actuation of the Judicial Power. Once having collective legitimates and convergence of proposals, quicker, informal, participatory and less costly solutions will lead it to reach concrete and real effectiveness. Among the many instruments of extra procedural collective protection, there is the Commitment of Conduct Adjustment, also called Term Adjustment of Conduct (TAC), because the term which it formalizes. With the conclusion of the TAC, conducts that are against the law are appropriate to it, formalizing the intentions of both sides. The instrument has wide application, and it is an effective way for protection of collective rights. However, its use in the Administrative Improbability cases is forbidden, Article 17, § 1º, of Law n.º 8.429/92, precludes to the possibility of transaction, agreement or conciliation under Civil Action of Administrative Improbability. The legal prohibition occurs by the idea that the public equity and probity of its agents are unavailable goods, and that in cases of Administrative Misconduct, alternative means of protection would settle the collective interest in danger. Thus, the present research aims to, through monographic and deductive methods, associated with the use of documentary technique and bibliographic research, deliberate the exceptional possibility of Commitment of Conduct Adjustment on Administrative Improbability cases. It concludes that flexibility of jurisprudence and doctrinal positions that indiscriminately deny that possibility is needed. So, with eyes in each specific case, be made possible the celebration of commitment if this is the most satisfactory way and the one that better deals with the collective interest.

Keywords: Administrative Improbability. Collective protection. Collective rights. Commitment of Conduct Adjustment.

LISTA DE ANEXOS

Anexo A – Notícia de celebração de TAC em hipótese de Improbidade Administrativa na Universidade de Brasília (UnB)	75
---	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E A EFETIVAÇÃO DA TUTELA COLETIVA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	10
1.1 Da judicialização à tutela extraprocessual: contextualização das técnicas extraprocessuais de tutela coletiva	10
1.2 O Compromisso de Ajustamento de Conduta como meio alternativo de tutela de interesses transindividuais	23
2 O PROCEDIMENTO DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA EM HIPÓTESES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	36
2.1 Da indisponibilidade dos bens tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa à utilização do Compromisso de Ajustamento de Conduta (Possibilidade)	38
2.2 Dos atores capazes de celebrar Compromisso de Ajustamento de Conduta no âmbito da Improbidade Administrativa (Legitimidade)	48
2.3 As situações excepcionais à utilização do Compromisso de Ajustamento de Conduta alternativamente à Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa (Limites)	56
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	71
ANEXOS	75

INTRODUÇÃO

Em meio a tantos direitos positivados e incontáveis princípios que a cada dia alcançam maior imperatividade na sociedade contemporânea, bem como em razão da maior liberdade do intérprete no processo de concretização e criação do direito (em virtude, sobretudo, da elaboração de normas marcadas pela generalidade), nota-se um evidente redirecionamento do desafio dos juristas.

Se antes a preocupação dos juristas era a de afirmar direitos, devendo encontrar argumentos para justificar a existência e necessidade de positivação desses, atualmente o desafio é encontrar meios que garantam a sua efetivação. Em outras palavras, a questão não é mais tão só positivar direitos, mas sim dar cumprimento às pretensões decorrentes da ordem jurídica já positivada.

Nesse sentido, vislumbra-se que o processo judicial, sozinho, encontra inúmeras dificuldades, a si inerentes, de garantir a efetiva realização dos direitos, especialmente sob uma perspectiva coletiva. Frente a tais circunstâncias, novos meios de se alcançar o direito, à margem do processo, podem mostrar-se boas alternativas para, de forma mais célere, informal e menos onerosa, garantir o cumprimento do direito e a satisfação da coletividade.

Dentre os diversos meios extraprocessuais de tutela coletiva tem-se o Compromisso de Ajustamento de Conduta (ou Termo de Ajustamento de Conduta – TAC), sendo sua principal previsão legal o art. 5º, §6º, da Lei n.º 7.347/1985. Com ele, através de um consenso (uma solução negociada), condutas, atividades ou regulamentos são postos em conformidade com a lei. Ou seja, sem utilizar-se do processo judicial, e atendendo a requisitos legais, através da assinatura do Compromisso de Ajustamento de Conduta há a concretização de direitos e interesses.

Ocorre que, especificamente em casos de Improbidade Administrativa, não se aceita, comumente, a resolução extraprocessual do litígio, de modo que, regra geral, o Compromisso de Ajustamento de Conduta não possui aplicação neste campo.

Isso se dá em razão de vedação legal contida no artigo 17, §1º, da Lei n.º 8.429/92, agregada à ideia de que o patrimônio público e a probidade de seus agentes são bens indisponíveis. A justificativa, todavia, merece ser mais bem analisada, principalmente no que tange à suposta disponibilidade quando da celebração de TAC.

Isso, pois em casos excepcionais, o ajuizamento de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa pode não ser a solução mais adequada, tendo em vista, principalmente, a

morosidade do processo judicial em confronto com a rapidez e complexidade da sociedade atual. Algumas vezes, através do Compromisso de Ajustamento de Conduta, podem-se evitar consequências ainda mais prejudiciais ao interesse público que adviriam com o final do processo judicial (até o momento do julgamento já teriam perdido a razão e não alcançariam a finalidade visada).

Por meio do consenso, com a assinatura de Compromisso de Ajustamento de Conduta, o agente ímprobo que reconhece o enriquecimento ilícito, o prejuízo causado ao erário, e/ou a violação aos princípios da Administração Pública, pode aceitar, desde logo, cumprir com as condições impostas pelo órgão legitimado, dentro de determinados limites.

Enfim, há a possibilidade de o órgão legitimado à propositura do Compromisso, de início, já estipular as condições mais adequadas ao caso concreto, sem que os prejudicados diretos com o ato ímprobo tenham que aguardar o deslinde (moroso) do processo judicial. Em alguns casos, essa possibilidade pode mostrar-se amplamente satisfatória ao interesse coletivo.

Em razão disso, o objetivo principal do presente trabalho é analisar a possibilidade excepcional de assinatura de Compromisso de Ajustamento de Conduta em casos de Improbidade Administrativa, bem como os legitimados para tanto e os limites dessa prospecção. Tal discussão mostra-se relevante tendo em vista os significativos benefícios que a possibilidade apreciada pode trazer à tutela de direitos coletivos, ainda mais quando se constata a escassez de estudos e debates a respeito da temática.

Para tanto, utilizando-se do método de abordagem dedutivo, o presente trabalho partiu da contextualização das técnicas extraprocessuais de tutela coletiva, analisando de forma específica o Compromisso de Ajustamento de Conduta, para, depois, discutir a possibilidade de utilização do instrumento em hipóteses de Improbidade Administrativa. Adotaram-se os métodos de procedimento histórico e monográfico com o objetivo de pesquisar as raízes do Compromisso de Ajustamento de Conduta e, de forma geral, o contexto em que as técnicas extraprocessuais de tutela coletiva surgiram, de modo a demonstrar a importância atual desses instrumentos, sobretudo do TAC, para a proteção dos direitos transindividuais.

O trabalho está dividido em dois tópicos centrais. Na primeira parte fez-se uma contextualização das técnicas extraprocessuais de tutela coletiva de maneira ampla, passando, posteriormente à apresentação do Compromisso de Ajustamento de Conduta de forma específica. Na segunda parte, examinou-se a possibilidade, a legitimidade e os limites da utilização do Compromisso de Ajustamento de Conduta em hipóteses de Improbidade Administrativa.

1 O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E A EFETIVAÇÃO DA TUTELA COLETIVA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A busca pela efetividade da tutela jurídica e do acesso à justiça são algumas das temáticas que norteiam o ideário do direito brasileiro nos últimos anos. Isso, em virtude do novo paradigma do direito na atualidade, que, ao reconhecer os limites da regulação dos problemas sociais, econômicos e políticos por meio do direito, laureia a *dessubstantivação*, a informalidade e a participação.

Neste contexto, o direito abre-se, aceitando outras formas, que não as tradicionais (vias administrativa e judicial) de solução de conflitos. Anui-se que “a morosidade da Justiça requer sucedâneos ágeis e eficazes, ‘eficácia e efetividade’ – a que se poderia acrescentar eficiência e flexibilidade – para agilizar direitos sem detrimento da lei”¹.

Como alternativa para o processo judicial, mostrando-se um modo ágil, eficaz e efetivo de tutelar interesses e direitos transindividuais, tem-se o Compromisso de Ajustamento de Conduta, pelo qual as obrigações e cominações são reduzidas a termo – razão pela qual também é comum referir-se ao instituto do Compromisso por alusão ao termo que o documenta: *Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta*, ou, simplesmente *Termo de Ajustamento de Conduta (TAC)*.²

Antes, porém, de analisar particularmente o instituto, faz-se necessário uma contextualização das técnicas extraprocessuais de tutela coletiva de maneira ampla; é o que pretende o item 1.1 do presente trabalho. O segundo item deste capítulo (1.2), sim, cuidará da apresentação do Compromisso de Ajustamento de Conduta, com breve exposição de sua introdução no ordenamento jurídico, conceituação, natureza jurídica, apontamento de seus requisitos de existência e validade e seus efeitos, bem como com a demonstração de sua relevância no cenário atual.

1.1 Da judicialização à tutela extraprocessual: contextualização das técnicas extraprocessuais de tutela coletiva

¹ MILARÉ, Édis. Prefácio. In: NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 18.

² Optou-se pela utilização das diferentes nomenclaturas no decorrer do trabalho, a fim de tornar a leitura do texto mais fluída.

Basilar, ao abordar a inserção no ordenamento jurídico brasileiro do Compromisso de Ajustamento de Conduta, analisar o desenvolvimento dos direitos transindividuais e dos mecanismos de efetividade extraprocessual. Para tanto, importa compreender, rapidamente, o que são direitos transindividuais e como surgiram.

Os direitos transindividuais representam o próprio objeto do direito coletivo, e são também chamados de *transindividuais*, *supraindividuais*, *metaindividuais*, ou simplesmente *coletivos em sentido amplo*, *coletivos “lato sensu”* ou *coletivos em sentido lato*³. A denominação justifica-se tendo em vista que pertencem a grupos, classes ou categorias mais ou menos extensas de pessoas, por vezes indetermináveis (como a coletividade) e por não serem passíveis de apropriação e disposição individuais⁴.

A designação surgiu ante a dificuldade de amoldar as novas espécies de interesses surgidos com o desenvolvimento da sociedade e os novos ramos dogmáticos daí resultantes (direito ambiental, direito do consumidor, etc.) à clássica *summa divisio* entre direito público e direito privado. Com efeito, não se conseguiu determinar qual a natureza (pública ou privada) do interesse predominante e dos sujeitos dessas novas relações, de modo que a adequação delas a um dos dois compartimentos estanques tradicionalmente existentes não era precisa.

As normas consagradoras dos “novos direitos” não se adequavam como ramos do direito privado. Isso, pois se afastavam do modelo tradicional, segundo o qual as partes envolvidas são sempre determinadas, estão em pé de igualdade nas relações jurídicas e gozam de ampla autonomia para celebrar seus negócios. Aliado a isso, tais direitos também não podiam ser fruídos ou dispostos de modo exclusivo por uma única pessoa, como ocorre classicamente no direito privado.

Por outro lado, tampouco se ajustavam ao direito público, pois suas regras não se baseavam no disciplinamento de relações em que a Administração Pública figura numa relação de superioridade em relação a administrados.

Álvaro Luiz Valery Mirra aduz:

Não se está diante, propriamente, de interesses públicos, assim entendidos aqueles que têm no Estado o titular único e exclusivo de sua tutela, já que, frequentemente, o próprio Estado aparece como o causador de lesões aos direitos individuais. Mas pouco se trata de interesses privados disponíveis, pois os direitos difusos, em suas

³ A expressão “direitos coletivos” designa tanto um gênero de categoria jurídica, quanto uma de suas espécies. Daí o qualitativo “em sentido amplo” referir-se ao gênero, ao passo que “em sentido estrito” referir-se a uma categoria, a ser comentada mais adiante.

⁴ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 17-18.

diversas manifestações, não são jamais a soma de direitos individuais e sim direitos pertencentes indivisivelmente a todos, marcados no mais das vezes pelas características da indisponibilidade.⁵

Diante disso, a par dos já consagrados campos do direito público e do direito privado, identificou-se uma terceira e novel seara, denominada de *direito coletivo* ou *metaindividual*, composto por regras e princípios que se prestam a concretizar os interesses ou direitos subjetivos de natureza transindividual, e que tem como grande característica a substituição do acesso individual à justiça por um acesso coletivo.

Conceituando, enfim, direitos transindividuais são “interesses ou direitos pertencentes a um grupo, classe ou categoria de pessoas, ou à coletividade, e cuja defesa em Juízo pode ser feita, independentemente de litisconsórcio, por um legitimado que não necessariamente seja titular do direito material invocado”⁶. As suas espécies estão classificadas e conceituadas no art. 81 da Lei n.º 8.078/90⁷. Compreendida a definição, passa-se à exposição do tema do acesso à justiça. Antes, porém, importante esclarecer alguns pontos.

Muito embora o legislador tenha utilizado as terminologias *interesse* e *direito* indistintamente, e viabilize a ambos igual proteção legal⁸, parte da doutrina entende que são termos com diferentes significados⁹. Para os fins da presente análise, visando facilitar o desenrolar da construção textual, serão utilizados indistintamente os vocábulos; todavia, para que não haja lacunas, antes será esclarecida a diferença apontada pelos estudiosos.

⁵ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e outros (Coord). **Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo, Ed. RT, 2007, p.115 *apud* OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. Considerações sobre os direitos transindividuais. **Cognitio Juris**, João Pessoa, Ano I, Número 2, agosto 2011. Disponível em <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/06.html>>. Acesso em 05 out. 2013.

⁶ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos Esquematisado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 34.

⁷ Para a diferenciação das espécies, conceito elencado no art. 81, da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor): “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

⁸ Exemplificativamente: art. 8º, inciso III; art. 127, *caput*; art. 129, inciso III, todos da Constituição da República Federativa do Brasil/1988; e art. 81 da Lei n.º 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

⁹ Nesse sentido, Ana Luiza de Andrade NERY. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 31-32; José dos Santos CARVALHO FILHO. **Ação civil pública**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 27; Pedro LENZA. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 50. Hugo Nigro MAZILLI. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 45-46; dentre outros.

De modo geral, a doutrina sustenta que *interesse* “traduz a noção de necessidade do ser humano, vindo a ter relevância no mundo do direito somente se possuir caráter jurídico”¹⁰, ao passo que *direito* se caracteriza como sendo interesse juridicamente protegido. Para Miguel Reale, direito subjetivo é “a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”.¹¹

Diante disso, muitos doutrinadores preferem utilizar apenas a expressão *direito*, pois entendem que o vocábulo *interesse* nem sempre têm caráter jurídico. Ocorre que, conforme já dito, a lei não faz a referida distinção, tratando com o mesmo significado e proteção os dois termos.

Esclarecido esse ponto, necessário ainda mencionar outra divergência doutrinária relativa à temática apreciada.

Consentâneo é que os direitos transindividuais abarcam diferentes espécies de direitos, que se subdividem de acordo com a (in)divisibilidade de seu objeto, o fator de agregação dos sujeitos (situação de fato ou relação jurídica em comum) e a (im)possibilidade de identificar seus titulares. Unânime é, também, que dentre essas espécies estão os direitos difusos e os direitos coletivos (também denominados de coletivos propriamente ditos, coletivos “*stricto sensu*” ou coletivos em sentido estrito).

Isso, pois essas espécies versam sobre objetos indivisíveis e ambas têm, ao menos em princípio, titulares indeterminados (embora nos direitos coletivos em sentido estrito, em função de um vínculo jurídico base, eles sejam passíveis de determinação), o que faz com que alguns autores enxerguem em tais espécies de direito uma *transindividualidade real* (material), razão pela qual os denominam de *interesses essencialmente coletivos*¹².

Dissonante, por outro lado, a doutrina a respeito da possibilidade de inserção dos interesses ou direitos individuais homogêneos dentro do gênero de direitos metaindividuais. Isso, pois os mesmos autores que sustentam a existência de interesses essencialmente coletivos (em que constam os direitos difusos e coletivos em sentido estrito) advogam que há *interesses acidentalmente coletivos*, nos quais há uma *transindivualidade artificial* (formal), nos quais se encontram os direitos individuais homogêneos.

¹⁰ NERY, Ana Luiza de Andrade. . **Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 31-32.

¹¹ REALE, Miguel. **Noções Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 260 *apud* ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos Esquemáticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 14.

¹² Exemplificativamente: ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 39; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos e Coletivos**. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, ano 5, n. 9, p. 90.

Para esses autores, especialmente Teori Albino Zavascki, é necessário distinguir *tutela de direitos coletivos* de *tutela coletiva de direitos individuais*. Aquela se referiria à tutela dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, e esta à dos individuais homogêneos.

Isso, pois para o autor é inadmissível compreender os direitos individuais homogêneos como espécie de direito transindividual, já que possuem titulares determinados e objeto divisível, diferentemente dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Para Zavascki, o aspecto coletivo dos direitos individuais homogêneos é meramente instrumental: por razões pragmáticas viabilizou-se sua tutela coletiva.¹³

Hugo Nigro Mazzilli, por sua vez, considera que os direitos individuais homogêneos não deixam de ser também uma espécie de direito transindividual. Isso, pois o estudioso parte da premissa de que, do ponto de vista processual, a principal característica dos interesses transindividuais é a possibilidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um acesso coletivo.

Na realidade, a oposição de entendimentos tem origem na ótica sob a qual os interesses transindividuais são considerados: enquanto Zavascki define as espécies sob o ponto de vista do direito material (considerando a natureza intrínseca do direito), Mazzilli os considera sob a ótica do direito formal (ponderando-os extrinsecamente, tendo em vista a possibilidade de tutela coletiva dos direitos envolvidos).

A abordagem sobre os diferentes posicionamentos fez-se necessária para fazer constar que neste trabalho será adotada a perspectiva defendida por Mazzilli, já que o trabalho tem o enfoque da tutela coletiva de direitos, sendo mais útil, portanto, o entendimento do segundo autor.

Superada a conceituação e os pontos que necessitavam ser esclarecidos, mister tratar do tema do acesso à justiça, tendo em vista a evolução dos direitos transindividuais. Para isso, impõe-se fazer breve análise dos estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, para os quais o desenvolvimento dessa categoria de direitos ocorreu em três *ondas sucessivas de um mesmo movimento*.

Na primeira delas visualizou-se que o obstáculo primário imposto ao acesso à justiça é de natureza econômica, de modo que apontou a necessidade de viabilizar-se aos cidadãos desprovidos de recursos financeiros assistência advocatícia gratuita para que pudessem

¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do Processo Coletivo: Indispensabilidade de Disciplina Diferenciada para Direitos Individuais Homogêneos e para Direitos Transindividuais. In **Direito Processual Coletivo e Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33-34 *apud* ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 31-34.

exercer o direito de ação – antes realizado apenas por aqueles que viviam situação financeira confortável. Em outras palavras, a *primeira onda* de que falam os mencionados autores, apoiou expedientes como a assistência e orientação jurídica para propiciar às pessoas que por motivos econômicos têm nenhum ou pouco acesso à informação e à representação adequada.

Todavia, na prática vislumbrou-se que o advento da assistência judiciária não teve o condão de aniquilar as desigualdades sociais entre as partes, apenas o de facilitar o acesso ao Judiciário. Além disso, notou-se que a *primeira onda* deixou uma lacuna no que tange aos danos que ultrapassassem a esfera subjetiva do direito de seus titulares, a qual precisou ser suprimida pela *segunda onda* de que falam Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

Nesta etapa do *movimento*, objetivou-se vencer o segundo obstáculo ao acesso à justiça, de natureza organizacional. Notou-se a inadequação dos tradicionais sistemas de *processos de duas partes* para a solução de conflitos em uma sociedade massificada como a atual.¹⁴ Nesse sentido:

Continuar, segundo a tradição individualística do modelo oitocentista, a atribuir direitos exclusivamente a pessoas individuais – como, por exemplo, ao proprietário vizinho, no caso de abusiva construção edilícia, ou ao adquirente pessoalmente prejudicado no caso de fraude alimentar perpetrada em larga escala por um fabricante – significaria tornar impossível uma efetiva proteção jurídica daqueles direitos, exatamente na ocasião em que surgem como elementos cada vez mais essenciais para a vida civil. (...) O valor em jogo é coletivo e deve se dar, portanto, a possibilidade de construírem-se *tipos novos de tutela*, não confiados exclusivamente ao interesse material e ao capricho da iniciativa individual.¹⁵

A transformação da economia, não mais primariamente baseada em relações interindividuais, mas, pelo contrário, fundamentada em produção, distribuição e consumo em massa (com consequentes conflitos em massa), fez emergir a importância dos direitos sociais. Com isso, reconheceu-se categoria de direitos que transcendem o indivíduo, os já apontados direitos transindividuais, metaindividuais ou supraindividuais. Assumiu-se, dessa forma, também, a necessidade de uma inovação no modelo processual. Nesse diapasão:

Se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um *processo de massa*, com a proliferação dos meios de

¹⁴ FERNANDES, Rodrigo. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12 *apud* NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 30.

¹⁵ CAPELLETI, Mauro. **Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil**. Revista de Processo, n. 5. Tradução do original por Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. São Paulo: RT, 1977. P. 131-132 *apud* ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 11.

proteção a direitos supra-individuais e relativa superação das posturas individuais dominantes (...).¹⁶

Como principais resultados do esforço da doutrina pátria defensora da tutela coletiva de direitos foram, no âmbito infraconstitucional, a Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/1985) - a qual teve como objetivo inicial a defesa do meio ambiente, dos consumidores e do patrimônio histórico, artístico e cultural - e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990), o qual ampliou o foco da Lei de Ação Civil Pública para quaisquer direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.¹⁷

Além desses diplomas, muitos outros, inclusive anteriores, foram editados a fim de tutelar direitos de forma coletiva¹⁸. Todavia, as duas mencionadas leis possibilitaram a formação de um verdadeiro microssistema de processo coletivo¹⁹, por isso a ênfase a eles.

A Constituição de 1988, da mesma forma, refletiu os progressos legais e doutrinários na defesa de direitos de matiz coletiva. A reformulação do princípio do acesso à justiça muito bem exemplifica a transformação ocorrida: enquanto as constituições anteriores declaravam que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a *direito individual*, o art. 5º, inciso XXXV, da atual Constituição, por sua vez, dispõe que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a *direito*, sem qualificá-lo.²⁰

Observando que a garantia encontra previsão em dispositivo inserido no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e *Coletivos*, não há dúvida de que a garantia ao acesso à tutela jurisdicional também se presta aos direitos coletivos. Essa apenas uma das muitas demonstrações possíveis de serem elencadas como evidências de que a Carta Magna alinha-se ao novo ideário de tutela de direitos. Concorde, Geisa de Assis Rodrigues aduz que:

Por isso afirmamos que o Estado democrático de Direito tem como decorrência fundamental a proteção coletiva desses direitos, porque a tutela estritamente individual não permite o verdadeiro acesso à justiça dessas demandas. A Constituição Federal brasileira de 1988 garante, em vários dispositivos, a tutela

¹⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 46 *apud* ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos Esquematisado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 11.

¹⁷ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 55-56

¹⁸ Exemplificativamente, a Lei n.º 1.134, de 14 de junho de 1950, que atribuiu legitimidade extraordinária a determinados entes de classe para a defesa judicial de interesses dos seus integrantes; a Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente; a Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989, que versou sobre o interesse das pessoas portadoras de deficiências; a Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001 - Estatuto da Cidade; e a Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso.

¹⁹ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *op. cit.* p. 12.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 259-260.

coletiva dos direitos, como por exemplo ao prever a ação popular e a defesa coletiva que a Associação e o Sindicato podem fazer de seus associados. O mesmo acontece quando a Carta estabelece as funções institucionais do Ministério Público (...).²¹

Retornando ao estudo do movimento pelo acesso à justiça, de Cappelletti e Garth, houve, ainda, o advento da *terceira onda*, a qual se preocupou em simplificar e desformalizar – aumentando a participação - a resolução das controvérsias jurídicas por meio de alternativas às formulas tradicionais. Ou seja, identificou-se o terceiro obstáculo de acesso à justiça, de natureza *processual*, tendo em vista a inadequação/insuficiência dos tipos ordinários de procedimentos para a solução de controvérsias. Nesse sentido:

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.²²

Consoante Alexandre Amaral Gavronski²³, a partir dessa constatação e de seu reconhecimento, o direito passou a ser mais *dessubstantizado* (ou procedimental), no sentido de que se mostrou menos preocupado em determinar toda a substância indispensável à sua concretização. Em outras palavras, deixou de pré-disciplinar todas as situações previsivelmente surgidas na realidade concreta, passando a disponibilizar os meios de alcançá-la. Tornou-se, portanto, mais negocial e preocupado com a obtenção de soluções consensuais.

Também, para o mencionado autor, o direito se tornou mais informal, pois reconheceu que as fontes formais de direito (a lei emanada do Estado) não têm como, sozinhas, disciplinar toda a complexidade da vida, abrindo-se para mecanismos não estatais de regulação e tornando os instrumentos estatais já existentes mais flexíveis e informais. Ainda, tornou-se mais participativo, a fim de fazer frente à complexidade e ao pluralismo sociais com legitimidade, mais permeável à manifestação e incorporação dos vários interesses sociais em disputa.

²¹ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 37.

²² CAPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. Revista de Processo 74, p. 82/97, abr/jun 1994 *apud* RODRIGUES, Geisa de Assis. *op. cit.* p. 120.

²³ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 46-64.

A criação dos juizados especiais cíveis (Leis n.º 9.099/95 e 10.259/01), a regulamentação da arbitragem (Lei n.º 9.307/1996) e o crescente estímulo à conciliação e à oralidade dentro do processo são exemplos de conquistas dessa *onda*.

Para Gavronski, portanto, as sobreditas mudanças na forma de compreender o direito e o processo induziram uma revisão do próprio papel do direito na sociedade, remetendo à valorização de instrumentos aptos a superar o formalismo pouco receptivo à participação do processo judicial tradicional. Com isso, abriram caminho para a revisão dos princípios e regras processuais, possibilitando espaço às técnicas extraprocessuais de tutela coletiva.

A propósito, para o autor, técnicas extraprocessuais de tutela coletiva são:

(...) meios de tutela jurídica dinâmica, previstas no ordenamento vigente ou nele implícitas, que atuam paralelamente às técnicas de tutela jurisdicional, e administrativa, delas se distinguindo por prescindirem de um processo pré-estatuído e formal e, conseqüentemente, por não disporem da possibilidade reconhecida àquelas técnicas de imposição forçada do direito vigente, pelo que dependem do consenso para alcançar o objetivo comum de assegurar a realização material (efetividade) desse ordenamento (tutela jurídica estática).²⁴

Como se vê, os mecanismos extraprocessuais de tutela coletiva tendem a dispensar o processo judicial, e, por consequência, o juiz, disponibilizando aos legitimados coletivos a concretização do direito fora do binômio legislador-juiz. Neste ponto, antes de prosseguir na demonstração da relevância das técnicas extraprocessuais, urge esclarecer que esses novos mecanismos não podem ser vistos como panaceia à efetividade da tutela coletiva – não é o que se propõe no presente trabalho.

Isso, pois, pretender concretizar o direito fora do processo – meio pelo qual se exerce, legitimamente, a jurisdição -, e sem a participação do juiz – agente do poder estatal incumbido constitucionalmente de dizer definitivamente o direito –, sobretudo em se tratando de tutela coletiva, na qual os direitos e interesses são defendidos por quem não é seu titular, requer especial cuidado não apenas quanto à análise da possibilidade, mas especialmente quanto à legitimidade e limites de concretização do direito por meio dessas técnicas.

Em atenção a essa necessidade de reflexão, este trabalho tem em seu título exatamente esses pontos – possibilidade, legitimidade e limites. Todavia, tendo em vista que o foco central da análise não são as técnicas extraprocessuais de tutela coletiva de maneira ampla, mas sim especificamente o Compromisso de Ajustamento de Conduta, optou-se por abordar essas questões no capítulo 2 do presente trabalho, quando o instituto será mais bem aprofundado, com o direcionamento que a monografia propõe.

²⁴ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 32.

Neste momento, de qualquer maneira, cumpre apresentar as formas pelas quais as técnicas extraprocessuais de tutela coletiva podem contribuir para a pretendida efetividade e as vantagens que apresentam de modo geral.

No que tange às formas com que podem ser utilizadas, vislumbra-se duas possibilidades: *diretamente*, quando asseguram a preservação ou realização material dos direitos ou interesses difusos, coletivos em sentido estrito, ou individuais homogêneos sem o recurso às tutelas impositivas - jurisdicional e administrativa; e *indiretamente*, quando, tendo falhado em seu desiderato principal servirem a qualificar ou facilitar a realização material da tutela jurisdicional (quando resultam em ações civis públicas ou outras de natureza coletiva) ou da administrativa (quando provocam e instruem o poder de polícia).²⁵

Já em relação às vantagens sobre o processo judicial, as técnicas extraprocessuais de tutela coletiva são mais céleres, informais, possibilitam maior participação dos envolvidos - e com isso, maior satisfação -, e são menos onerosas. Nessa perspectiva, Mauro Cappelletti aduz que “a sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes soluções rápidas e mediatas”²⁶.

Gavrónski, no mesmo sentido, resume as vantagens das técnicas extraprocessuais sobre o processo judicial – quando viável sua utilização – em um quadrinômio: rapidez, baixo custo, resolutividade (entendida como equacionamento efetivo e implementável da questão, com a maior amplitude possível de cumprimento do direito) e satisfação dos envolvidos (decorrente das vantagens citadas, e principalmente do consenso).²⁷

É inegável que as soluções obtidas sem a necessidade de um julgamento são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que se fundam em acordo; são *negociais*²⁸, *consensuais*²⁹. Nesse ponto, Gavronski salienta que por dependerem do consenso, dispensam o uso da força, reduzindo a litigiosidade e contando com maior flexibilidade dos envolvidos para a concretização e realização dos direitos.

Aqui, necessário fazer uma distinção entre os termos *realização* e *concretização* do direito. Neste contexto, o primeiro, consoante Gavronski, é sinônimo de efetividade, implementação, realização material, e se verifica sempre que a concretização produz efeitos

²⁵ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 32-33.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 83, *apud* CAPELLI, Silvia (Coord). **Compromisso de ajustamento ambiental**: análise e sugestões para aprimoramento. São Paulo: Instituto O Direito por Um Planeta Verde, [sd].

²⁷ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 234.

²⁸ Expressão utilizada por Geisa de Assis Rodrigues.

²⁹ Expressão utilizada por Alexandre Amaral Gavronski.

reais no mundo da vida. Já o segundo termo é a interpretação do direito diante do caso concreto, superando a antiga ideia da interpretação-subsunção, pela qual o juiz apenas declara o direito pré-constituído sem considerar as peculiaridades e singularidades de cada caso.³⁰

Sobre a concretização do direito, André Ramos Tavares, desenvolvendo seus estudos amparado na doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*) e de Friederich Müller (*Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*), sustenta que: “a concretização dimensiona o texto escrito e a norma a partir *do* e em relação *ao* problema concreto”.³¹

Gavrónski refere que:

Ao se abrir para a ideia de concretização e a importância que esse processo dá ao caso concreto, o direito inevitavelmente se faz receptivo para a transdisciplinaridade e, principalmente, para a participação dos interessados (em sede de tutela coletiva, em especial para os respectivos legitimados).³²

Ainda, aduz o referido doutrinador, que a concretização do direito é diferente da *aplicação* do direito, que é entendida como a última fase do processo de concretização do direito, a qual nem sempre é necessária. A aplicação é emanada necessariamente dos órgãos oficiais competentes, autorizados a fazer atuar o direito positivo, inclusive com o recurso à força, quando não se mostrar viável a solução pacífica e voluntária dos conflitos.

Assim, aduz Gavronski que:

Pressupõe a *aplicação*, nessa perspectiva, a *execução* oficial do direito sempre que este não se realizar (efetivar) voluntariamente pela atuação dos sujeitos interessados concordes quanto à *concretização* cabível à hipótese.³³

Com isso, reconhece-se que não apenas os juízes ou outros órgãos oficiais *concretizam* o direito, no sentido de interpretá-lo criando as normas para os casos concretos, mas o fazem também inúmeros outros participantes da vida social. Apenas a *aplicação* do direito, que autoriza o uso da força e por isso deve ser precedida do devido processo legal, é prerrogativa dos órgãos oficiais.

O monopólio que se impõe reservar ao Poder Judiciário em sede de tutela coletiva é o de, por meio de um processo judicial, proferir uma última decisão definitiva e vinculante (passível de imposição à força) quando as alternativas construídas pelas técnicas

³⁰ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 121.

³¹ TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional.** p. 63 *apud* GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *op. cit.* p. 120.

³² GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *op. cit.* p. 120.

³³ *Ibidem.* p. 121.

extraprocessuais falharem no seu mister de realizar o direito, ou seja, quando o consenso não puder ser alcançado ou não tiver real cumprimento.

Assim, já que as técnicas extraprocessuais buscam a solução pacífica, de consenso, e só por meio dele podem efetivar o direito, os legitimados coletivos não dependem de atribuição ou competência específicas para recorrer ao uso da força (*aplicar* o direito). Conseqüentemente, para eles atuarem na concretização e realização consensual dos direitos e interesses coletivos basta autorização legal para defendê-los, vale dizer, a previsão em lei da legitimidade coletiva e o reconhecimento dos instrumentos extraprocessuais pelo sistema jurídico positivado.

Havendo a previsão legal e o reconhecimento dos instrumentos, podem os legitimados coletivos desenvolver as suas funções, quais sejam, a de ensejar uma ampliação da participação dos diretamente atingidos pela norma e participar diretamente na concretização do direito. Isso, por meio da utilização dos instrumentos disponíveis.

Dentre esses instrumentos, têm-se, exemplificativamente as audiências públicas e, no caso do Ministério Público, o inquérito civil e seus procedimentos correlatos (reuniões e outros meios de aproximação). O Compromisso de Ajustamento de Conduta notadamente destaca-se dentre os instrumentos viáveis a serem utilizados para o alcance das referidas funções dos legitimados coletivos.

Com isso, eles podem não só efetivar direitos, como, muitas vezes *criar* direitos que não seriam possíveis por meio do processo judicial³⁴. Isso, em virtude da maior liberdade de diálogo e flexibilização entre as partes, bem como em razão do consenso, que se faz imprescindível à possibilidade de utilização das técnicas extraprocessuais de tutela coletiva.

Explica-se. Através dos instrumentos de tutela coletiva extraprocessual, em especial o Compromisso de Ajustamento de Conduta, o compromissário³⁵ pode assumir obrigações outras além daquelas a que poderia ser obrigado com base na lei; isso por liberalidade, no

³⁴ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 116.

³⁵ Consoante sustenta Hugo Nigro Mazzilli: “Há uma confusão terminológica entre quem é compromissário e quem é compromitente no compromisso de ajustamento de conduta. Por analogia entre o compromisso de compra e venda, no qual o vendedor é compromitente (pois ele se compromete a outorgar a escritura definitiva, ao fim do prazo), e o devedor do pagamento das prestações é o compromissário comprador, muitos chegam a dizer que no TAC, o compromissário é o causador do dano e o tomador do compromisso é o compromitente. Mas não é correto usar essa terminologia desta forma. O tomador do compromisso não promete nada. Quem é promitente é o causador do dano: é este o único obrigado, é ele o único que se compromete a adequar sua conduta às exigências da lei” in Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. **Revista de Direito Ambiental**, v. 41, p. 9. jan. 2006. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf>>. Acesso em 13 out. 2013.

intuito de evitar, pelo acordo estabelecido com o legitimado coletivo, os dissabores inerentes à via judicial ou mesmo para preservar sua imagem pública.

A natureza de título executivo dos referidos instrumentos, sobretudo do Compromisso de Ajustamento de Conduta, faz com que essas obrigações possam ser exigidas em juízo, vale dizer, “transforma-as em um *direito* daqueles que dela se beneficiam, direito esse que inexistia antes da assinatura do compromisso ou acordo coletivo”³⁶. No caso da recomendação, sem essa exigibilidade, e, portanto, sem propriamente *criar* direito, há efeitos práticos similares quando atendido o instrumento.

A fim de facilitar a compreensão da hipótese de criação do direito pela via extraprocessual, utiliza-se exemplo hipotético, mas possível, trazido por Gavronski: imagine-se que tenha sido constatado, pelo Ministério Público, em sede de inquérito civil, que determinada operadora de planos de assistência à saúde vinha cobrando, indevidamente (sem previsão legal ou contratual), uma coparticipação dos consumidores de seus serviços nos respectivos custos.

Conforme o doutrinador, poderia, nessa hipótese, o membro do Ministério Público, propor à empresa um Compromisso de Ajustamento de Conduta pelo qual ela se obrigaria não apenas a devolver em curto espaço de tempo e em dobro o que cobrou indevidamente, acrescido de correção monetária e juros legais (direito do consumidor estabelecido no art. 42, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor - CDC), mas também a, em benefício dos consumidores atingidos, ampliar a cobertura contratual, sem aumento de custo, para incluir procedimento médico cuja obrigatoriedade não está prevista no contrato nem na lei – nem explicitamente na Lei de Planos de Saúde, Lei n.º 9.565/1998, ou qualquer outra lei específica, nem no CDC, com base, por exemplo, no art. 51, IV, c/c §1º, do CDC.³⁷

Na situação hipotética, seria possível crer que no intuito de evitar os custos da via judicial e o desgaste de imagem dela advindo, a empresa considerasse a hipótese de firmar o Compromisso proposto; assim, uma vez assumida a obrigação, surgiria para os consumidores integrantes do grupo envolvido um direito que inexistia antes da assinatura do Compromisso e que não poderia ser imposto judicialmente. Em outras palavras, estar-se-ia criando direito pela via extraprocessual.

Com isso, mostra-se que as vias extraprocessuais abrem espaço para o estabelecimento de obrigações à margem do direito, que, apesar de não o contrariarem, não estão nele

³⁶ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 132.

³⁷ *Ibidem.* p. 132-133, nota de rodapé n.º 43.

contempladas e não seriam fixadas ao término de um processo judicial. Lembra-se, porém, que essa criação só é possível por meio do consenso, já que, consoante já anotado, os legitimados coletivos carecem de autorização para impor (aplicar) o direito, somente podendo realizá-lo através da anuência dos envolvidos.

Cumpra observar, também, que na tutela coletiva há uma grande limitação nessa possibilidade de criação do direito: o legitimado coletivo não pode abdicar de determinados direitos previstos em lei para ganhar outros. Isso, pois ele não é o titular, o dono, dos bens e direitos que defende, não podendo, por consectário lógico, deles dispor. Como consequência,

na tutela coletiva extraprocessual o direito vigente é o patamar a partir do qual se permite a criação. A liberdade, portanto, refere-se às obrigações que pode assumir, além do que explicitamente prevê a lei, aquele a quem se dirige o legitimado na defesa dos direitos em questão.³⁸

Superadas tais questões, que, de fato, faziam-se necessárias para a melhor compreensão do contexto em que se localiza o instrumento do Compromisso de Ajustamento de Conduta, parte-se, agora, para a sua análise específica, a fim de apresentar o instituto, especialmente a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, o exame de seus termos, seu conceito, natureza jurídica, requisitos de existência e validade e sua eficácia (efeitos).

Antes, entretanto, cumpre advertir que não se visa (tampouco se poderia) exaurir a análise do instituto neste trabalho. Busca-se oferecer um quadro panorâmico do instrumento do Compromisso de Ajustamento de Conduta, de modo que se possa compreender as suas linhas mestras a fim de, no próximo capítulo, questionar a possibilidade de sua utilização em hipóteses de Improbidade Administrativa, a legitimidade para tanto e os limites dessa prospecção.

1.2 O Compromisso de Ajustamento de Conduta como meio alternativo de tutela de direitos transindividuais

O instituto do Compromisso de Ajustamento de Conduta foi inserido no ordenamento jurídico pátrio através da inclusão do art. 5º, §6º, Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), em virtude de determinação do art. 113 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990), tendo o seguinte teor: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

³⁸ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 134.

Consoante anotado por Geisa de Assis Rodrigues³⁹ e Alexandre Amaral Gavronski⁴⁰, a disposição foi inspirada no art. 55, parágrafo único, da antiga Lei de Pequenas Causas⁴¹, mas foi o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), em seu art. 211, que pela primeira vez tratou do instituto nos termos transcritos na Lei de Ação Civil Pública⁴².

Disposições bastante similares, prevendo títulos executivos extrajudiciais que resultam de negociações em matéria de direitos e interesses coletivos, constam dos arts. 85 da Lei n.º 12.529/2011⁴³ (antigamente no art. 53 da Lei n.º 8.884/1994 - Lei Antitruste), que prevê o compromisso de cessação de atividade anticoncorrencial, e 79-A da Lei n.º 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), acrescentado pela Medida Provisória n.º 1.710/1998, reeditada sucessivas vezes até a Medida Provisória n.º 2.163/2001⁴⁴. Este último dispositivo legal prevê o termo de compromisso ambiental⁴⁵.

Em confronto com a limitação de objeto dos dois dispositivos legais suprarreferidos (um na área de concorrência e um na ambiental) com o foco deste estudo (voltado à tutela extraprocessual coletiva como um todo e posteriormente à hipóteses de improbidade administrativa), cumpre observar que este trabalho se restringirá a analisar o Compromisso de Ajustamento previsto no art. 5º, §6º, Lei de Ação Civil Pública, iniciando com o exame de seus termos.

³⁹ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 100.

⁴⁰ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 376.

⁴¹ Lei n.º 7.244/1984. Lia-se no mencionado dispositivo: “Art.55. O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial. Parágrafo único - Valerá como título executivo extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público”. Essa lei foi integralmente revogada pela Lei n.º 9.099/1995 que, no entanto, reproduziu os termos transcritos no art. 57.

⁴² Redação: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

⁴³ Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

⁴⁴ O alcance deste dispositivo foi reduzido pelo Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar liminarmente a ADIn 2083-DF, em 03/08/2000, deu-lhe interpretação conforme a Constituição para suspender, *ex nunc* e até julgamento final da ação (na data de 14/10/2013 em acompanhamento processual no sítio virtual do STF estava com *status* “concluso ao relator”), a eficácia do dispositivo fora dos limites de norma de transição e, portanto, no tocante à sua aplicação aos empreendimentos e atividades que não existiam anteriormente à entrada em vigor da Lei n.º 9.605/1998. Em consequência, essa possibilidade de compromisso restringe-se às atividades de impacto ambiental que existiam até março de 1998 e aos compromissos que foram firmados até a decisão do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁵ Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores. (incluído pela Medida Provisória n.º 2.163-41, de 23.8.2001).

Consoante anotado por Gavronski, “ajustamento” é, sim, o ato ou efeito de ajustar-se, conformar-se, mas é também sinônimo de acordo, trato, combinado; o que significa que não apenas as condutas diretamente contrárias à lei podem ser ajustadas por meio do instrumento em estudo, mas também aquelas que possuem uma desconformidade não evidente. Em outras palavras, “a lei sempre pauta o compromisso, mas não apenas aquela conduta em direta contrariedade à lei serve-lhe de objeto; pode-se, por meio dele, por exemplo, avançar na implementação de um direito assegurado genericamente”⁴⁶.

A título de exemplo, o comentado doutrinador apresenta o direito básico do consumidor, previsto no art. 6º, inciso X, do Código de Defesa do Consumidor, a uma “adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”. Aponta as inúmeras possibilidades que se abrem por meio de TACs para a implementação crescente desse direito sem que seja necessário demonstrar ou pressupor ilegalidade da conduta anterior, dada a generalidade das expressões *adequada e eficaz*.

Sustenta, com isso, Gavronski, que sendo o Compromisso resultado de um acordo ou consenso (como já abordado), os avanços na concretização da lei – sempre em prol da efetividade dos direitos – prescindem da demonstração (pelo compromitente) ou aceitação (pelo compromissário) da contrariedade à lei. Basta que os firmatários estejam convencidos de que a solução consensual está em conformidade com a lei e que represente um avanço em benefício a sua efetividade.⁴⁷

Já quanto ao termo “conduta”, justifica-se pelo fato de o instrumento originalmente ter sido previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual é comum a disciplina sobre *condutas humanas*. De se observar, todavia, que inúmeras vezes o ajustado por meio de TAC é uma atividade ou mesmo uma regulamentação administrativa, de modo que se deve dar ao termo *conduta* acepção ampla – o que, de qualquer forma, mostra-se arrazoado já que tanto atividades quanto regulamentações não deixam de ser resultado de atos ou condutas humanas.

O instituto, para o já mencionado Alexandre Amaral Gavronski, é um acordo que dispõe sobre condutas, atividades ou regulamentos e que está em conformidade com a lei. É uma solução negociada que se destina a assegurar efetividade aos direitos e interesses coletivos. Enfim, um negócio jurídico que se pauta na lei, nela encontrando seu parâmetro, e que possui eficácia de título executivo extrajudicial⁴⁸.

⁴⁶ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 378.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 379.

⁴⁸ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 380.

Já para Carvalho Filho, o Compromisso de Ajustamento de Conduta é o ato jurídico por meio do qual o sujeito reconhece, de modo implícito, que sua conduta ofende interesses difusos ou coletivos, e com isso, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais⁴⁹.

Ainda, para Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes Nery⁵⁰:

Compromisso de ajustamento de conduta é transação híbrida, lavrado por instrumento público ou privado, celebrado entre o interessado e o poder público, por seus órgãos públicos, ou por seus agentes políticos, legitimados à propositura da ação civil pública, por cuja forma se encontra a melhor solução para evitar-se ou para pôr fim à demanda judicial, que verse sobre ameaça ou lesão a bem de natureza metaindividual.

Hugo Nigro Mazzilli, por sua vez, refere que:

Tal como está previsto no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85, o Compromisso de Ajustamento de Conduta é lavrado em termo, e nele se contém uma obrigação de fazer ou não fazer; é ele tomado por um dos órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública ou coletiva, e mediante esse instrumento, o causador do dano a interesses transindividuais (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, ordem urbanística etc.) se obriga a adequar sua conduta às exigências da lei, sob pena de cominações já pactuadas no próprio instrumento, o qual terá força de título executivo extrajudicial.⁵¹

Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade resumem o conceito do instrumento referindo que é o acordo extrajudicial que versa sobre interesses metaindividuais⁵². Marco Antonio Zanellato, o define como um instrumento legal destinado a colher, do causador do dano coletivamente considerado, um título executivo extrajudicial de obrigação de fazer, não fazer ou de indenizar, mediante o qual o compromitente assume o dever (ou obrigação) de adequar sua conduta às exigências legais, sob pena de sanções fixadas no próprio Compromisso de Ajustamento de Conduta.⁵³

Como se vê, os diferentes doutrinadores destacam, em seus conceitos, diversas características comuns do instituto. Todavia, o mesmo consenso não ocorre quando se trata de determinar a natureza jurídica do Compromisso. Há, na doutrina, pelo menos sete

⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação civil pública: comentários por artigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.202 *apud* CAPELLI, Silvia (Coord). **Compromisso de ajustamento ambiental**: análise e sugestões para aprimoramento. São Paulo: Instituto O Direito por Um Planeta Verde, [sd].

⁵⁰ NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta**: teoria e análise de casos práticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 216-217.

⁵¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. **Revista de Direito Ambiental**, v. 41, p. 9. jan. 2006. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf>>. Acesso em 13 out. 2013.

⁵² ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 203.

⁵³ ZANELLATO, Marco Antonio. **Termo de Ajustamento de Conduta – TAC**: aspectos gerais e polêmicos. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/eventos/passados/2008_mpconsumidor_marcoantoniozanellato.pdf>. Acesso em 20 out. 2013.

entendimentos distintos. Rodrigo Fernandes⁵⁴ sustenta que se trata de hipótese de *contrato administrativo*; Geisa de Assis Rodrigues⁵⁵ aduz que é um acordo, um *negócio jurídico bilateral*, mas, ao mesmo tempo, afirma que tem apenas o efeito de acertar a conduta do obrigado às exigências legais; Hugo Mazzilli⁵⁶, por sua vez, entende que a natureza jurídica é de *ato administrativo negocial*.

Fernando Reverendo Vidal Akaoui⁵⁷, Paulo Affonso Leme Machado⁵⁸ e Alexandre Amaral Gavronski⁵⁹, advogam que se trata de *acordo em sentido estrito*, em que o interessado em firmar o Ajustamento apenas cederia aos termos propostos pelo órgão público tomador do Compromisso; José dos Santos Carvalho Filho⁶⁰ e Francisco Antônio de Oliveira⁶¹ defendem que a natureza jurídica é de *ato jurídico*; Sérgio Shimura⁶² sustenta que se configura um *acordo extrajudicial*; e Ana Luiza de Andrade Nery⁶³ aduz a qualidade de *transação híbrida*, ou *negócio jurídico transacional híbrido*.

Não se pretende com a presente análise investigar cada posicionamento existente na doutrina, o que se mostraria inviável neste momento, alargando demasiadamente a proposta do trabalho.⁶⁴ Ademais, conforme lembra Geisa de Assis Rodrigues⁶⁵, a dificuldade de enquadramento doutrinário relativo à natureza jurídica do instituto não deve tornar-se um *falso dilema*, posto que o que importa é a prática efetiva do instituto, ou seja, o alcance da

⁵⁴ FERNANDES, Rodrigo. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 78 *apud* NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 30.

⁵⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 136.

⁵⁶ MAZZILLI, Hugo. **Compromisso de ajustamento de conduta – Análise à luz do Anteprojeto do Código brasileiro de processos coletivos**. In **Direito Processual Coletivo e Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33-34 *apud* NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 134-135.

⁵⁷ AKAUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 67.

⁵⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 379-380.

⁵⁹ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 382-383.

⁶⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 215-216 *apud* NERY, Ana Luiza de Andrade. *op cit.* p. 140-141.

⁶¹ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Ação civil pública – Enfoques trabalhistas**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 203 *apud* NERY, Ana Luiza de Andrade. *op cit.* p. 140-141.

⁶² SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006 *apud* NERY, Ana Luiza de Andrade. *op cit.* p. 142.

⁶³ NERY, Ana Luiza de Andrade. *op cit.* p. 162-164.

⁶⁴ Estudo mais aprofundado da temática em: NERY, Ana Luiza de Andrade. *op cit.* p. 130-174 e RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 139-157.

⁶⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. *op. cit.* p. 157.

efetiva proteção ou reparação aos direitos transindividuais ameaçados ou lesados pelo administrado, interessado em tomar o Compromisso.

Contudo, imperioso ressaltar - pois essencial para a compreensão da temática a ser apreciada no segundo capítulo - a natureza jurídica distinta de *transação* (prevista nos arts. 840 a 850 do Código Civil)⁶⁶. Isso, pois o instituto da transação exige que haja *concessões mútuas* entre as partes, bem como só se vale para *direitos patrimoniais de caráter privado*, além de pressupor litígio, dúvida ou controvérsia entre as partes; todas características distintas das visualizadas no Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Primordial notar que para que o instituto em estudo tivesse natureza jurídica de transação os órgãos públicos legitimados à assinatura de TAC teriam que poder dispor sobre o direito material envolvido, sendo seus verdadeiros titulares. Todavia, não é o que ocorre, haja vista atuarem somente como substitutos processuais dos titulares reais. Por isso, Gavronski bem refere que:

Não há, no compromisso de ajustamento de conduta, “concessões mútuas” como previsto na transação (art. 840, CC/2002), mas um acordo sobre a *concretização* dos direitos e interesses coletivos envolvidos para a definição das condições de cumprimento das obrigações (modo, tempo e lugar). Não se *concede* parte do direito, como ocorre de ordinário na transação, mas se *pactua* determinada interpretação (concretização) e determinadas disposições e condições, por meio de acordos em que, como é natural, os envolvidos avançam e cedem em suas posições originais. Ademais, seu objeto não se restringe a direitos patrimoniais de caráter privado como dispõe o art. 841 do Código Civil acerca da transação.⁶⁷

Geisa de Assis Rodrigues alerta, do mesmo modo, que não há *concessões mútuas* no Ajustamento. Defende que há apenas flexibilização das condições de prazo, modo e lugar do adimplemento da obrigação (esfera accidental do exercício dos direitos em questão, e não o próprio direito, que é indisponível e não pode ser *concedido*). Explica que tais condições não alcançam a esfera de transação, mas sim de negociação, que deve ser pautada pelo atendimento aos princípios e fins que incidem sobre a matéria.⁶⁸

Assim, considerando que no Ajustamento o conteúdo do direito em questão não pode ser reduzido ou limitado, encontrando como parâmetro para as negociações as exigências legais, a aludida doutrinadora menciona que “no ajustamento de conduta, o que ocorre é

⁶⁶ Em posição contrária, entendendo o TAC como transação Daniel Fink, em *Alternativas à ação civil pública ambiental: reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta*, p. 119.

⁶⁷ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 382-383.

⁶⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 139-157.

justamente o reforço do direito, na medida em que a conduta, o resultado do compromisso, deve espelhar a determinação legal”⁶⁹.

Diante disso, não se aplica ao Compromisso de Ajustamento de Conduta o regramento previsto no Capítulo XIX do Código Civil (*Da transação*), salvo por analogia e desde que não contrarie as peculiaridades e a principiologia do TAC. Assim, não apenas o dolo, coação ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa anulam o Ajuste (art. 849, CC/2002), mas também a contrariedade à lei, que é, como recém referido, o parâmetro mínimo de concretização ou criação de direitos coletivos por meio das técnicas extraprocessuais.

Além disso, no que se refere à nulidade das cláusulas do Compromisso, considerando as peculiaridades da tutela coletiva, é preferível seguir o regramento do Código de Defesa do Consumidor, e não o Código Civil. Como consequência, a nulidade de uma cláusula não deve invalidar todo o Compromisso (como determina o art. 848, CC/2002), mas somente se, apesar dos esforços de integração, da sua invalidação decorrer ônus excessivo ao compromissário, consoante art. 51, §2º, do Diploma Consumerista.⁷⁰

Evidente, também, que como instrumento de tutela coletiva que é, pode aproveitar aos terceiros titulares dos direitos defendidos, contrariando o que dispõe o art. 844 do Código Civil. Todavia, só os prejudica se tiverem participado ativamente da negociação coletiva e firmado, ao lado do legitimado coletivo, o Compromisso (e mesmo assim, excepcionalmente, já que o TAC não pode servir de empecilho para que o indivíduo busque um provimento jurisdicional que lhe conceda individualmente mais do que alcançado coletivamente)⁷¹. Por outro lado, aplicável a interpretação restritiva prevista no art. 843 do Código Civil, visto que essa regra decorre da natureza negocial e voluntária do Compromisso de Ajustamento, nesse ponto idêntico à transação.

No que tange aos requisitos de existência do Compromisso, vale dizer, os elementos mínimos de constituição sem o qual o instrumento sequer existe, para Alexandre Amaral Gavronski resumem-se em forma escrita, um agente com atribuição ao menos em tese para firmá-lo e algum objeto, em regra uma obrigação.⁷² Ana Luiza de Andrade Nery, por sua vez, elenca: agente, vontade e causa.⁷³

⁶⁹ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 145.

⁷⁰ *Ibidem*. p. 383-384.

⁷¹ Mais sobre o assunto em: Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 176-184.

⁷² GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 389.

⁷³ NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 109-110.

Já como requisitos de validade, o primeiro autor indica: agentes com capacidade e legitimidade, objeto (conteúdo) em conformidade com a previsão legal e com efetiva e proporcional proteção do bem coletivo tutelado, e, por fim, ausência de vícios de vontade na formação do ajuste.⁷⁴

Somado a isso, o doutrinador ainda aponta a previsão de cominações para o caso de descumprimento do instrumento como um requisito de validade. Aduz que as cominações não precisam ser necessariamente de multa, embora essa seja a espécie mais comum, devendo ser idôneas e suficientes para garantir o cumprimento do avençado.

Traz como exemplo de outra possível cominação pecuniária o custeio de determinadas providências inicialmente não pactuadas no Compromisso e estranhas à reparação dos danos. De natureza não pecuniária, sugere a suspensão da atividade principal do compromissário ou a cassação de alvará, bem como quaisquer outras que sirvam a garantir a efetividade dos direitos concretizados no instrumento, finalidade da previsão de cominações.

Todavia, ao considerar a existência de dispositivos legais que permitem suprir a falta de cominações, como o art. 11 da Lei de Ação Civil Pública⁷⁵ e o art. 645 do Código de Processo Civil⁷⁶, o autor refere que essa nulidade só deve ser reconhecida se, no caso em concreto, restar caracterizado efetivo prejuízo à tutela dos direitos e interesses coletivos.

Sustenta, ainda, que o art. 5º, §6º, da Lei de Ação Civil Pública ao exigir que o instrumento seja tomado “mediante cominações”, assim o fez, pois à época, em 1990, não se admitia a execução de título extrajudicial para as obrigações de fazer ou não fazer, possibilidade que somente surgiu em 1994, com a alteração promovida pela Lei n.º 8.953/1994 no art. 632 do Código de Processo Civil. Destarte, quando da criação do instrumento a falta de previsão de multa lhe retiraria qualquer executividade, o que não ocorre hoje.

Frente a tais circunstâncias, Gavronski defende que se a exigência de multa for a única fonte de resistência à assinatura de um TAC com significativo avanço na tutela dos direitos coletivos, é possível, justificadamente, dispensá-la.⁷⁷

⁷⁴ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *op cit.* p. 389-390.

⁷⁵ “Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.”

⁷⁶ “Art. 645. Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida” (Redação dada pela Lei n.º 8.953, de 13.12.1994).

⁷⁷ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 384-385 e 389-390.

Já Ana Luiza de Andrade Nery aponta como requisitos de validade do Compromisso de Ajustamento a capacidade dos agentes (órgão público legitimado e interessado), a manifestação livre da vontade (vontade não viciada), e a licitude e possibilidade do objeto.

Quanto à eficácia do instituto, por ter a lei a ele conferido eficácia de título executivo, o Compromisso de Ajustamento de Conduta torna certa a existência do direito, que é, no termo, concretizado, e dispensa, se for necessário o recurso à via judicial para sua imposição forçada, a fase de cognição ou conhecimento, passando-se direto à execução do avençado.

Consoante Gavronski⁷⁸:

Equivale, nesse sentido, a uma sentença de mérito, muito embora não se revista da autoridade da coisa julgada, pelo que é passível de discussão judicial quanto à sua correção (validade), (...), por se tratar de solução jurídica obtida extraprocessualmente relacionada a direitos e interesses coletivos. Desempenha, em nosso ordenamento, uma função de “equivalente jurisdicional”, na medida em que, atendidos todos os requisitos legais, serve a concretizar tais direitos e interesses sem a necessidade de se recorrer, para esse fim, ao exercício da jurisdição, i.e., sem a intervenção do Poder Judiciário.

Impende notar, porém, que para merecer a eficácia de título executivo conferido pela lei, deve o Compromisso atender aos requisitos específicos dessa sua condição. Na doutrina é reiterada a exigência de certeza e liquidez. Sérgio Shimura ao conceituar *título executivo*, por exemplo, refere que: “é o documento ou o ato documentado, tipificado em lei, que contém uma obrigação líquida e certa que viabilizam o uso da ação executiva”⁷⁹.

No mesmo sentido, o art. 586 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que “a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível”. Destarte, em princípio, o Compromisso deve ser certo, ou seja, claramente definido quanto aos elementos que o constituem (sujeitos, natureza da relação e objeto), bem como suas obrigações devem ser expressamente determinadas, portanto, líquido.

Ocorre que, a exigência da liquidez foi concebida para as obrigações de crédito (como bem demonstra a redação do art. 586 suprarreferido), pelo que há certa discussão quanto à aplicabilidade do requisito da liquidez às obrigações de fazer, as mais usuais em TACs. Sérgio Shimura explica: “nas obrigações de fazer ou não fazer fica difícil conceber tal

⁷⁸ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 381-382.

⁷⁹ SHIMURRA, Sérgio. **Título Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 112 *apud* GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *op cit.* p. 390.

requisito no título; o credor simplesmente deve indicar o modo de execução que prefere, à luz do disposto no inciso I do art. 615 do CPC⁸⁰.

Deixando de lado as discussões doutrinárias, visando as peculiaridades práticas do Compromisso, tanto considerando que apenas a certeza é importante para o Ajuste, como reputando também a liquidez como essencial, o imprescindível é que estejam presentes a definição de quem é o responsável pelo cumprimento do Compromisso, a delimitação de seu objeto, e:

sendo cláusula de indenizar, o valor quantificado; sendo cláusula de entregar coisa, a individualização precisa desta, sendo obrigação de fazer e não fazer, a definição mais precisa possível dessa obrigação, o modo de cumpri-la (também o tempo), onde cumpri-la, o resultado prático que se visa obter.⁸¹

Por isso, Geisa de Assis Rodrigues, atenta à proteção do objeto do instituto, qual seja, direitos transindividuais, recomenda que quando existirem obrigações muito complexas a serem firmadas no Ajustamento seja realizado estudo técnico pretérito para evitar qualquer inexatidão que possa prejudicar o cumprimento do avençado.⁸²

Alexandre Amaral Gavronski lembra, todavia, que deficiências relacionadas à liquidez ou incerteza do Compromisso podem ser equacionadas por meio de um procedimento judicial de liquidação, prévio à execução específica⁸³, de modo que a tutela dos direitos coletivos seria viável mesmo nesses casos. Ressaltam, ambos os autores, a prescindibilidade de assinatura de duas testemunhas para que o instrumento tenha eficácia de título executivo extrajudicial.

Quanto a uma possível ideia de que o Compromisso firmado por legitimados que não o Ministério Público tivesse que ser submetido ao *Parquet* para que produzisse efeitos, há divergência por parte dos estudiosos da temática, sendo maioria aqueles que entendem pela desnecessidade. Defendem, esses, exemplificativamente Alexandre Amaral Gavronski, Paulo Valério Dal Pai Morais e Sérgio Shimura, que essa submissão não consta na lei de modo explícito ou implícito e, portanto, não pode ser exigida. Já os que advogam a necessidade, em especial Geisa de Assis Rodrigues, sustentam que a submissão do TAC ao Órgão Ministerial é indispensável para o controle externo.

⁸⁰ SHIMURRA, Sérgio. **Título Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 138 *apud* GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 391.

⁸¹ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 209.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 391.

No que tange aos Compromissos firmados pelo Ministério Público, há maior tranquilidade na doutrina. A pluralidade dos estudiosos entende que nesses casos o Ajuste tem eficácia a partir do momento em que é celebrado (se o termo não dispuser em contrário). Atente-se, entretanto, que isso não significa que o arquivamento do inquérito civil ou do procedimento administrativo no curso do qual o TAC foi firmado se dê, da mesma forma, imediatamente.

Tanto Alexandre Amaral Gavronski, quanto Geisa de Assis Rodrigues e Hugo Mazzilli entendem que havendo firmatura de TAC no curso de inquérito civil ou de procedimento administrativo esses devem ser suspensos durante a execução do ajustado. Outra possibilidade seria a de seguir a instrução apenas para apurar o cumprimento do Ajuste.

Isso, pois, o art. 9º da Lei de Ação Civil Pública dispõe que o Ministério Público promoverá o arquivamento do inquérito civil quando “se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil (pública)”, o que pressupõe a regularidade (licitude) da conduta investigada ou o equacionamento da lesão ou ameaça a direitos e interesses coletivos.

Nesse diapasão:

Para tanto, não basta a assinatura do compromisso sendo necessário que ele seja cumprido, pois do contrário o instrumento serviria a acobertar o desrespeito aos direitos que visa proteger. O compromisso, como título executivo, dispensa ação civil pública de conhecimento, mas não a de execução de suas obrigações se não forem efetivamente implementadas. Ou seja, sem que o compromisso seja cumprido, não se pode afirmar a “inexistência de fundamento para a propositura da ação civil pública”.⁸⁴

Com efeito, esse é o entendimento também do Conselho Superior do Ministério Público Federal, conforme se observa do teor do art. 21, §8º, da Resolução n.º 87, de 6 de abril de 2010, do Conselho:

Art. 21. § 8º - Cumpridas as disposições do compromisso de ajustamento de conduta, o membro do Ministério Público promoverá o arquivamento do procedimento administrativo ou do inquérito civil respectivo, remetendo-o, na forma do art. 17, § 2º, à Câmara de Coordenação e Revisão respectiva ou à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. (Redação dada pela Resolução CSMFP n.º 108, de 4.5.2010)⁸⁵

⁸⁴ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 393.

⁸⁵ CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (Brasil). Resolução n. 87, de 6 de abril de 2010. Regulamenta, no âmbito do Ministério Público Federal, a instauração e tramitação do Inquérito Civil (art. 6º, VII, da Lei Complementar n.º 75/93 e art. 8º, § 1º, da Lei n.º 7.347/85). Diário de Justiça, 9 jun. 2010, p. 2. Disponível em: <http://csmfp.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/resolucoes/resol_87_%20ago_2006.pdf>. Acesso em 1º dez. 2013.

No entanto, conforme anotado por Gavronski, adotado esse procedimento poderá surgir uma dificuldade de outra ordem: e se, depois de cumprido o TAC, o membro que o tomou do interessado promover o arquivamento do respectivo inquérito civil (ou procedimento administrativo) e o órgão superior não homologar o arquivamento por discordância acerca dos termos do Compromisso?

Primeiro, precisa ser dito que se trata de possibilidade decorrente do necessário controle e revisão da atuação da primeira instância, o que é salutar para a mais correta tutela dos direitos coletivos. Por outro lado, inegável que o compromissário que cumpriu integralmente o acordado com o membro do Ministério Público demonstraria inconformidade, com parcela de razão, a essa circunstância. Restaria, assim, descreditado o instrumento.

Por isso é relevante que seja dado publicidade ao Ajuste, de modo que o órgão superior tenha acesso aos seus termos logo que firmado, para que acaso seja contrário a alguma das cláusulas do Compromisso manifeste de logo a discordância, evitando a situação acima mencionada.

Além disso, Gavronski indica outras medidas que podem ser adotadas tanto pelo órgão superior quanto pelo membro oficiante para evitar a discordância. Dentre elas, a possibilidade de o órgão superior tornar previsíveis suas decisões, consubstanciando em enunciados ou informativos seus entendimentos consolidados acerca dos elementos que devem (ou que não podem) constar dos Compromissos, bem como tornar rápidos e ágeis sistemas de orientação técnica prévia que se possam prestar concomitantemente à negociação.⁸⁶

O membro oficiante, de seu turno, “pode adotar a postura de consultar informalmente o órgão superior nos casos de maior relevância ou abrangência territorial e subjetiva”⁸⁷. Também, a fim de preservar a boa-fé na relação com o compromissário, pode fazer constar no termo, explicitamente, a necessidade de futura homologação pelo órgão superior para o definitivo arquivamento da investigação. Viável, ainda, postergar para após a homologação o cumprimento das obrigações que possam sujeitar-se a essa dilação de prazo sem prejuízo ao direito coletivo tutelado, como, por exemplo, pagamento de indenizações que possam ser postergadas.

Como se vê, se bem utilizado e valorizada a boa-fé nas tratativas, não há motivos para que o instituto firmado pelo Ministério Público perca credibilidade pelo simples fato de necessitar de homologação do órgão superior para que se dê o arquivamento da investigação

⁸⁶ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 394-395.

⁸⁷ *Ibidem*.

no qual o TAC foi pactuado. Com isso, nota-se que seja qual for o órgão público tomador do Compromisso (os legitimados serão vistos no próximo capítulo), o Ajuste propicia a obtenção de uma proteção mais efetiva ou pelo menos idêntica a que se alcançaria em juízo, porém de forma mais célere, informal, participativa e menos onerosa.

Nas palavras de Mazzilli, o Compromisso de Ajustamento de Conduta:

apresenta notórias vantagens sobre a ação civil pública, porque permite uma solução negociada para grande parte das lesões transindividuais, ajudando a descongestionar a Justiça, bem como garantindo mais eficaz acesso dos lesados à tutela individual e coletiva de seus interesses.⁸⁸

Assim, apresentado (mesmo que de forma breve) os pontos principais do instituto em estudo, passa-se para a apreciação específica acerca da sua utilização em hipóteses de Improbidade Administrativa, com a discussão dessa possibilidade, da legitimidade (genérica e em casos de Improbidade) e dos limites dessa prospecção.

⁸⁸ MAZZILI, Hugo Nigro. Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. **Revista de Direito Ambiental**, v. 41, p. 9. jan. 2006. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf>>. Acesso em 13 out. 2013.

2 O PROCEDIMENTO DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDOTA EM HIPÓTESES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição Federal, em seu artigo 37, *caput*, estabelece diversos princípios a serem observados na esfera da Administração Pública, conferindo especial atenção aos atos de Improbidade Administrativa, preceituando:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 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.

Na lição de Wallace Paiva Martins Júnior, a Improbidade Administrativa é assim tratada:

Improbidade administrativa, em linhas gerais, significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os valores do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse comportamento, desejado ou fruto de incúria, desprezo, falta de precaução ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do agente público e do beneficiário ou partícipe, demonstrando a inabilitação moral do primeiro para o exercício de função pública.⁸⁹

No mesmo sentido, José Afonso da Silva sustenta que a probidade administrativa consiste no dever de o funcionário público servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.⁹⁰

Visando regulamentar o dispositivo constitucional supramencionado, sobreveio a Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992, que dispõe, especificamente, sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional ou entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público. O referido diploma

⁸⁹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 113.

⁹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed., São Paulo: Malheiros. p. 649.

legal prevê a responsabilização dos agentes públicos pelas práticas ilícitas ensejadoras de atos ímprobos.

Considera-se agente público para fins de Improbidade Administrativa, consoante o art. 2º da Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades passíveis de ser enquadradas como sujeito passivo de atos de Improbidade Administrativa.

Entende-se possível a prática de tais atos de três diferentes maneiras: importando enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º da Lei), lesionando o erário (art. 10 da Lei) e atentando contra os princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei). Neste passo, há que se referir que, na prática, tal compartimentação legal é de difícil visualização, sendo indispensável, quando da subsunção das condutas à norma, se ter a noção de ato de improbidade como ato ilegal, fundado na má-fé (ou na falta de precaução ou cuidados devidos) do agente público que, isoladamente ou com a participação de terceiro, viola o dever de probidade, com ou sem proveito econômico, produzindo ou não lesão ao patrimônio público.

Cabe referir, também, que as cominações previstas nos mencionados dispositivos legais para cada categoria de ato de Improbidade Administrativa podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato, sem prejuízo das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

Além disso, para a fixação das penas a serem concretamente aplicadas, o art. 12 da Lei determina que o juiz deverá considerar a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente. Maria Sylvia Di Pietro assinala, nesse ponto, que a expressão *extensão do dano causado* tem que ser entendida em sentido amplo, “de modo que abranja não só o dano ao erário, ao patrimônio público em sentido econômico, mas também ao patrimônio moral do Estado e da sociedade”⁹¹.

A ideia de Improbidade Administrativa, como se vê, passa pelo descumprimento de preceitos constitucionais e legais básicos, implicando a prática de atos viciados de ilegalidade e imoralidade *lato sensu*. Ao abranger os princípios da supremacia do interesse público, da impessoalidade, da razoabilidade, da lealdade, da moralidade, etc., a Lei tem como escopo tutelar a probidade e o patrimônio da Administração Pública, direito de todos (coletividade).

⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009 *apud* ALEXANDRINO, MARCELO; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 923.

Frente a tais circunstâncias, tradicionalmente veda-se a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nas ações que envolvam a temática da Improbidade Administrativa. A negativa, praticamente indistinta, fundamenta-se na indisponibilidade dos bens tutelados – quais sejam, probidade e patrimônio públicos.

Os itens que seguem visam analisar essa possibilidade, mais especificamente a possibilidade de assinatura de Compromisso de Ajustamento de Conduta em hipóteses de Improbidade Administrativa (2.1), a legitimidade (2.2) e os limites (2.3) dessa prospecção.

Antes, porém, cumpre salientar que a ideia é inovadora e (por enquanto) encontra pouco respaldo na doutrina e jurisprudência nacionais, além de vedação por parte da Lei. Todavia, entende-se necessária uma reflexão mais atual, que valorize o caso em concreto, o que se passa a fazer.

2.1 Da indisponibilidade dos bens tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa à utilização do Compromisso de Ajustamento de Conduta (Possibilidade)

O artigo 17, §1º, da Lei n.º 8.429/92, obsta a possibilidade de transação, acordo ou conciliação no âmbito de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa⁹². Tal vedação legal ocorre pela ideia de que o patrimônio público e a probidade de seus agentes são bens indisponíveis, e de que, em casos de Improbidade Administrativa, meios alternativos de tutela colocariam em risco o interesse coletivo.

O impedimento previsto em lei visa, portanto, valorizar patrimônio, moralidade e interesse públicos, no sentido de garantir que haverá responsabilização dos agentes que faltem com a probidade, bem como que será reparado o dano sofrido pelo erário.

Este posicionamento é sustentado pelas tradicionais doutrina e jurisprudência pátrias, independente do caso em concreto. Exemplificativamente, Arnaldo Rizzardo⁹³:

No caso da ação de improbidade, o comando de punir é absolutamente indisponível, não se tolerando, daí, concessões mútuas, porquanto não envolvem interesse particular e disponível. É que o interesse público se considera indisponível. Ou seja, dominam os princípios da indisponibilidade do interesse público sobre o interesse particular.

⁹² “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.” BRASIL. Lei 8.029, 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. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 2 jun. 1992.

⁹³ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p.390-391.

Também, Wallace Paiva Martins Junior, para o qual, em se tratando de probidade administrativa, a indisponibilidade é absoluta. Consoante o autor, as sanções previstas na Lei n.º 8.429/85 são irrenunciáveis e indisponíveis, de modo que qualquer transação, composição ou acordo realizado deve ser considerado nulo.⁹⁴

No mesmo sentido, recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁹⁵:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACORDO ENTRE AS PARTES. VEDAÇÃO. ART. 17, § 1º, DA LEI 8.429/1992. MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INVIABILIDADE DE EXTINÇÃO COM BASE NO ART. 267, VIII, DO CPC. NOMENCLATURA DA AÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. 1. Tratando-se de ação de improbidade administrativa, cujo interesse público tutelado é de natureza indisponível, o acordo entre a municipalidade (autor) e os particulares (réus) não tem o condão de conduzir à extinção do feito, porque aplicável as disposições da Lei 8.429/1992, normal especial que veda expressamente a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nos processos que tramitam sob a sua égide (art. 17, § 1º, da LIA). 2. O Código de Processo Civil deve ser aplicado somente de forma subsidiária à Lei de Improbidade Administrativa. Microsistema de tutela coletiva. Precedente do STJ. 3. Não é a nomenclatura utilizada na exordial que define a natureza da demanda, que é irrelevante, mas sim o exame da causa de pedir e do pedido. 4. Recurso especial não provido. (grifos)

Entende-se de maneira majoritária, também, que a vedação alcança o momento pré-processual, conclusão, a que, consoante Rogério Pacheco Alves⁹⁶, deve-se chegar sob pena de esvaziamento da regra. Ou seja, a impossibilidade de firmatura de TAC, aos olhos da doutrina e jurisprudências tradicionais, estende-se ao inquérito civil ou outro procedimento que investigue inicialmente o ato de Improbidade Administrativa.

Todavia, pretendendo adequar o direito à atual realidade viva e transmudada, urge questionar o que significa a *indisponibilidade do interesse público* e se este argumento, do modo como é usado, possui ou não plausibilidade para afastar qualquer outra via de solução de conflitos, que não a judicial, em casos de Improbidade Administrativa.

Em outras palavras, impende averiguar se há, de fato, *disponibilidade* do interesse público no Ajustamento de Conduta. Faz-se necessário, também, investigar a indisponibilidade dos direitos transindividuais: a indisponibilidade tem caráter absoluto ou

⁹⁴ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 117.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que negou a possibilidade de acordo em hipótese de improbidade administrativa**. RECURSO ESPECIAL Nº 1.217.554 - SP (2010/0184748-6). Ministério Público do Estado de São Paulo e Agostinho Antônio Pagotto. Relatora Ministra Eliana Calmon. 15 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24048262/recurso-especial-resp-1217554-sp-2010-0184748-6-stj>>. Acesso em 21 nov. 2013.

⁹⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 615.

relativo? Tudo isso com o intuito de indagar se a referida vedação a transação, acordo ou conciliação encontra razão de ser no atual cenário jurídico nacional.

Eduardo do Sens Santos⁹⁷ afirma que “indisponível significa a qualidade daquilo que não pode ser jogado fora, que não pode ser dispensado, que não pode ser desprezado”. Jose Luis Bolzan de Moraes⁹⁸ sustenta que a noção de interesse público é identificada pela existência de uma relação típica entre o Estado, a coletividade e o indivíduo. Ada Pellegrini Grinover⁹⁹, por sua vez, aduz que interesse público é aquele compartilhado por todos.

Marçal Justen Filho atenta para o fato de que a titularidade do interesse público não pertence ao Estado, mas à própria comunidade correspondente ao espaço do interesse. Por isso, refere que “o interesse é público não porque atribuído ao Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público”¹⁰⁰.

Frederico Rodrigues Silva¹⁰¹, lembra que *interesse público* trata-se de conceito jurídico indeterminado, e rememorando a frase de Orlando Gomes de que “os conceitos se substituem antes mesmo de se modificarem as leis”, sustenta a necessidade de que de fato assim seja; com isso advoga a imprescindibilidade de que o conceito *interesse público* possa adequar-se à evolução da sociedade. Compactuando do mesmo entender, Maria Goretti Dal Bosco aduz que “o que hoje é considerado interesse público, amanhã, poderá não sê-lo”¹⁰².

Nesse sentido, imperioso indagar qual o conceito de interesse público no cenário atual, e se esse é preterido ao refletir-se sobre a possibilidade de firmatura de Ajustamento de Conduta em hipóteses de Improbidade Administrativa.

⁹⁷ SANTOS, Eduardo Sens dos. **TAC em Improbidade Administrativa**. 2012. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/ESMP/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf>>. p. 22. Acesso em 20 out. 2013.

⁹⁸ MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 120 *apud* NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 144.

⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos, *In: A tutela dos interesses difusos* (coord. Ada Pellegrini Grinover), São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 29/45 *apud* NERY, Ana Luiza de Andrade. *op cit.* p. 144.

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O conceito de interesse público e a “Personalização” do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999 *apud* SILVA, Frederico Rodrigues. **A relatividade da supremacia do interesse público: um estudo comparado**. RVMD, Brasília, V. 5, nº 2, p. 460-517, jul-dez, 2011. Disponível em: < <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/3126/1937>>. Acesso em 18 nov. 2013.

¹⁰¹ SILVA, Frederico Rodrigues. *op. cit.*

¹⁰² DAL BOSCO, Maria Boretti. Responsabilidade do Agente Público por Ato de Improbidade. *Lumen Juris*, Rio de Janeiro: 2004, p. 13 *apud* FARIAS, Bianca Oliveira de. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na lei de improbidade administrativa e no projeto de lei da ação civil pública**. Disponível em: < http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/apontamentos_sobre_o_compromisso_de_ajustamento_de_conduta.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2013.

Vislumbrando a importância das reflexões, o já referido Eduardo Sens dos Santos questiona: “O interesse público é desprezado quando se celebra TAC por ato de improbidade? O interesse público é, em verdade, dispensado através de um TAC que desde logo obtém uma sanção, de modo mais econômico e eficiente?”¹⁰³

Para pensar acerca das indagações propostas faz-se interessante perquirir se nas hipóteses levantadas haveria espaço para manifestação de vontade por parte do agente ímprobo, e, se sim, em que medida. Em outras palavras, é imperioso novamente averiguar se o Compromisso de Ajustamento de Conduta representa, ou não, instrumento de disposição de direitos.

Ao aceitar as condições impostas no Termo e assumir o Compromisso, o agente ímprobo manifesta, inegavelmente, a sua vontade. Entretanto, cumpre observar que esta externalização volitiva está moldada perfeitamente pelos parâmetros legais; ou seja, é uma manifestação volitiva submetida à lei. Isso, pois o legitimado passivo carece de autonomia para autorregular a sua vontade, limitando-se a aceitar ou não a proposta oferecida pelo legitimado ativo. Sua manifestação de vontade limita-se à esfera accidental do exercício dos direitos em questão, e não o próprio direito, como já referido (item 1.2, p. 27/29).

É a partir dessa compreensão, de que não há “concessões mútuas” no Compromisso de Ajustamento de Conduta (ou seja, de que não há disposição de direitos indisponíveis), é que se entende desarrazoado justificar a impossibilidade geral e definitiva de assinatura de Compromisso de Ajustamento de Conduta em hipóteses de Improbidade Administrativa com fulcro na indisponibilidade dos bens tutelados pela Lei n.º 8.429/92.

Para Juarez Freitas¹⁰⁴:

Não parece a melhor política a de vedar transação, acordo ou conciliação nas ações civis de improbidade administrativa (erro cometido pelo §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92), na contramão das melhores técnicas contemporâneas de valorização do consenso e da persuasão. O Direito Público, em novas bases, reclama estratégias conciliatórias que não significam dispor indevidamente do interesse público, porém, ao contrário, realizá-lo de modo mais efetivo e justo. (...) impõe-se, desde logo, frisar que não é universalizável a regra que veda transação, acordo ou conciliação, notadamente esta última, que deve brotar como uma espécie de ditame preferencial do interesse público e da moralidade, jamais traduzível como uma condescendência nem com a sempre condenável leniência com os desonestos. Não há a mais remota disponibilidade do interesse público na conciliação em si. Ao contrário, este pode ser o melhor caminho para assegurar, numa atuação mais consistente, a própria indisponibilidade.

¹⁰³ SANTOS, Eduardo Sens dos. **TAC em Improbidade Administrativa**. 2012. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/ESMP/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf>>. p. 22. Acesso em 20 out. 2013.

¹⁰⁴ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos: e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 206/207 *apud* Santos, Eduardo do Sens. *op cit.* p. 23.

Ana Luiza de Andrade Nery¹⁰⁵, após ampla abordagem acerca da indisponibilidade de direitos coletivos, aduz que não se trata de conceito absoluto, e sim relativo, sustentando, assim, a possibilidade de transação de direitos transindividuais pelos legitimados pela sua defesa. A autora aponta o art. 5º, §6º, da Lei de Ação Civil Pública, como a permissão legal, consentânea com a Constituição Federal e alinhada aos ideais atuais - já trabalhados no item 1.1 desta monografia de graduação -, para a transação envolvendo direitos transindividuais.

Cumprir referir que em que pese a doutrinadora entenda o TAC como natureza jurídica de *transação híbrida* - portanto, diferente do sustentado nesse trabalho -, o embasamento principal da ideia é o mesmo; ou seja, independentemente da compreensão da natureza jurídica do instituto, entende-se que o interesse público não é prejudicado em caso de assinatura de Ajustamento de Conduta (se firmado de modo válido, tendo a lei como parâmetro, e sendo publicizado).

Nesse sentido, a referida autora sustenta que:

Assim é que não nos parece adequado o posicionamento de que a indisponibilidade estaria calcada na supremacia do interesse público, porquanto o princípio da supremacia do interesse público tem como finalidade a proteção dos interesses dos administrados, não podendo ser-lhes prejudicial.¹⁰⁶

O Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, já decidiu pela relativização do princípio da indisponibilidade dos bens e interesse públicos, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 253-885-0/MG, do qual resultou o seguinte acórdão:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimateção deste interesse (...).¹⁰⁷

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, perfilhando do mesmo entendimento, já deliberou pela validade da transação de direitos difusos e coletivos (no caso, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado) em razão de o Ajustamento de Conduta firmado ter atendido ao interesse público, alcançando benefícios a toda a coletividade. Isso, no Recurso Especial n.º 299.400 - RJ (2001/0003094-7), no voto do qual é sustentado que a

¹⁰⁵ NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 151.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 145.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Decisão pela relativização do princípio da indisponibilidade dos bens públicos**. Recurso Extraordinário n.º 253-885-0/MG. Município de Santa Rita do Sapucaí e Lázara Rodrigues Leite e Outras. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 04 de junho de 2002.

inserção do art. 5º, §6º, na Lei n.º 7.347/85, dotou a *transação* formalizada extrajudicialmente de eficácia jurídica.

A Relatora do Acórdão, Ministra Eliana Calmon, oportunamente referiu que:

Ao Tribunal, por fim, cabe concluir que a transação manteve intangido o direito material da população de Volta Redonda e a sua homologação teve o mérito de viabilizar, através de medidas equivalentes, a antecipação do resultado prático perseguido pela ação proposta. A transação, reconheça-se de vez, serviu ao interesse público, à coletividade, consolidando-se harmoniosa com os bens tutelados pela Lei n.º 7.347/85. Com essa argumentação, deixo de acolher a tese da impossibilidade da transação em face do direito difuso, na certeza de que a melhor composição é a efetivada e não aquela que não virá nunca, ou demorará mais dez anos, caso seja anulada a sentença, para então começar-se tudo novamente.¹⁰⁸

Do exposto, compreende-se, então, que não há ofensa à supremacia do interesse público pela simples utilização do TAC, seja na área ambiental, consumeirista ou, por que não, em hipóteses de Improbidade Administrativa.

O interesse público poderia, sim, ser maculado caso o Ajustamento de Conduta fosse desvirtuado, firmado com fins que não a tutela dos direitos coletivos; todavia, tal risco não se extingue pela mera utilização da tradicional via judicial. Infelizmente, não raras vezes o processo judicial mostra-se falível, afinal, são seres humanos – naturalmente falíveis e por vezes corruptos/corrompidos – que o utilizam, dando ao processo o correto – ou não – andamento e desfecho.

Da mesma forma, tal risco de mácula do interesse público não é majorado em hipóteses de Improbidade Administrativa, se comparado com outras áreas em que o instrumento é aceito e seguidamente utilizado.

Neste ponto, interessante notar que diariamente são firmados TACs ambientais, tendo como objeto último o meio ambiente. A Constituição Federal, em seu art. 225, *caput*, prevê que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Ou seja, é inquestionável que a Carta Magna buscou tutelar da forma mais ampla possível o meio ambiente. É uníssono, também, que todas as leis infraconstitucionais em matéria ambiental alinham-se ao ideário de proteção integral do meio ambiente. Com isso,

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Decisão pela possibilidade de transação de direitos e interesses difusos.** Recurso Especial n.º 299.400 - RJ (2001/0003094-7). Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Município de Volta Redonda. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Relatora para Acórdão: Ministra Eliana Calmon. 1º de junho de 2006.

evidencia-se que o meio ambiente é, indiscutivelmente, bem indisponível e direito fundamental de todos.

Todavia, possibilita-se e inclusive estimula-se (com a criação da já referida espécie de TAC específica para a seara ambiental – art.79-A da Lei n.º 9.605/1998) a reparação e/ou prevenção de danos ambientais por meio da assinatura de Ajustamentos no campo ambiental. Entrementes, veda-se tradicionalmente de maneira indistinta a utilização do instrumento em matéria de Improbidade Administrativa.

Diante disso, pergunta-se: há razoabilidade em tal sistemática? Deve-se compreender que o legislador ponderou como mais relevante tutelar o patrimônio público do que assegurar a proteção do meio ambiente “para as presentes e futuras gerações”? Obviamente que não; a conclusão não deve ser essa, mas outra. Sobre o assunto, Eduardo Sens dos Santos¹⁰⁹:

Os ilícitos que configuram improbidade administrativa não são ontologicamente diferentes dos ilícitos que configuram dano ambiental. São igualmente atentados contra direitos difusos (lato senso), que exigem pronta e rápida sanção, em atuação com tal eficiência que gere prevenção especial e geral, ou seja, que iniba outras condutas semelhantes.

Portanto, de tal ilogicidade deve-se inferir não que o sistema jurídico privilegia o patrimônio da Administração Pública, olvidando-se da tutela do meio ambiente, mas sim que simplesmente não há disposição, desvalorização ou prejuízo a direitos pela simples utilização de Compromisso de Ajustamento de Conduta em substituição à via judicial.

Isso, pois conforme sustentado mais de uma vez no presente trabalho:

Tratando-se da tutela de interesses transindividuais indisponíveis, descabe aos legitimados transigir sobre a extensão do dever de prevenir e reparar ilícitos e danos. Com efeito, cediça é a vedação da dispensa total ou parcial de deveres jurídicos. Poderá o tomador tão-somente fazer concessões concernentes às condições – forma, tempo, lugar – de seu cumprimento, abstendo-se de renunciar deveres legais que assegurem o respeito a direitos da coletividade. Assim, o objeto ajustado deverá corresponder à satisfatória prevenção ou à integral reparação do ilícito ou do dano, tal como seria postulado em sede de ação civil pública.¹¹⁰

Ocorre que a compreensão acerca da possibilidade e dos benefícios da tutela coletiva extraprocessual ainda não alcançou espaço em questões relativas à Improbidade Administrativa; isso, possivelmente pela maior preocupação do legislador em mostrar uma

¹⁰⁹ SANTOS, Eduardo Sens dos. **TAC em Improbidade Administrativa**. 2012. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/ESMP/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf>>. p. 21. Acesso em 20 out. 2013.

¹¹⁰ CAPELLI, Sílvia (Coord). **Compromisso de ajustamento ambiental**: análise e sugestões para aprimoramento. São Paulo: Instituto O Direito por Um Planeta Verde, [sd], p. 23.

resposta estatal à população em relação ao agente público que agiu de maneira ímproba, a fim evitar a ideia de complacência, condescendência, tolerância para com esse.

Causa estranheza, todavia, que um mesmo ato ensejador de responsabilização nas esferas administrativa, cível e criminal possa ter maior flexibilização no campo penal, em tese, *ultima ratio* do direito, mas não no que tange à Improbidade Administrativa (esfera cível). Exemplificativamente, a conduta que configura concomitantemente o crime de advocacia administrativa¹¹¹ e ato de Improbidade Administrativa. Para o delito, teoricamente algo mais grave, seria possível a transação penal prevista no art. 76 da Lei n.º 9.099/95; já para a Improbidade, a solução seria, para o entendimento tradicional, unicamente a via judicial.

De tal incongruência, nota-se, novamente, a desproporcionalidade injustificada que paira nestas hipóteses. De se observar que nem sempre a condenação em uma Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa é o que mais bem tutela os direitos transindividuais e que mais efetividade alcança no caso concreto. Por isso a necessidade de repensar a vedação legal e o posicionamento pela impossibilidade, por grande maioria da doutrina pátria.

Sobre isso, aduz Eduardo Sens dos Santos¹¹²:

Parece justo e razoável exigir que se proponha ação de improbidade para obter o mesmo efeito que se pode obter por via do TAC, onerando o Estado com tamanho custo? Em nosso entender não. Em nosso entender, a ação do Ministério Público deve ser pautada também pela eficiência e, como se viu, o sancionamento via TAC é muito mais eficiente do que a morosa e custosa ação de improbidade. Claro está, entretanto, que na ausência de acordo entre as partes, ainda que por baixos valores, a ação deverá ser proposta. Afinal de contas, ainda que caro, o sancionamento da improbidade é importante como forma de prevenir novos delitos (função dissuasora).

O Promotor de Justiça ainda prossegue ressaltando o altíssimo custo que uma Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa gera aos cofres públicos, apontando mais uma vez os benefícios de firmatura de TAC em casos que se mostrem aptos de resolução pelo meio extraprocessual:

Basta imaginar que uma ação de improbidade qualquer exigirá ordinariamente notificação inicial por oficial de justiça, manifestação pelo Ministério Público, despacho de admissibilidade pelo juiz, citação novamente por oficial de justiça, contestação, impugnação à contestação, audiência de instrução e julgamento, com intimação de testemunhas por oficial de justiça, alegações finais do Ministério Público, alegações finais da parte, sentença, recurso, contrarrazões de recurso,

¹¹¹ Art. 321 do Código Penal Brasileiro: “Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa. Parágrafo único - Se o interesse é ilegítimo: Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa”.

¹¹² SANTOS, Eduardo Sens dos. **TAC em Improbidade Administrativa**. 2012. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/ESMP/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf>>. p. 17. Acesso em 20 out. 2013.

parecer do Ministério Público em segundo grau, relatório, voto, acórdão, publicação ... Tudo isso se não houver recursos especiais ou embargos declaratórios. Imagine o leitor, portanto, a abissal desproporção entre o custo operacional e a multa pretendida pelo Ministério Público numa ação de improbidade com valor da causa de baixo valor.¹¹³

Nesse sentido, embora em reduzido número, há julgados inovadores que sustentam a possibilidade ora posta em discussão. Como exemplo, decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com parecer favorável do Ministério Público em segundo grau. Nela, os Julgadores consideraram que a celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta em uma ação de Improbidade Administrativa já proposta, cuja inicial ainda não havia sido recebida, atendia ao interesse social, sendo dever do juízo homologá-la.

O acórdão - seguindo a posição adotada neste trabalho - , enfatizou que o Ajustamento de Conduta não se confunde com transação, aduzindo que esta última consubstancia concessões recíprocas, ao passo que o Ajustamento visa ao reconhecimento de uma obrigação legal a ser cumprida. A ementa também deixou claro esse entendimento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Administrativo. Constitucional. Ação Civil Pública cumulada com improbidade administrativa. Se ainda não instaurada a relação processual e por isso facultada a desistência, oportuna se mostra a celebração de termo de ajustamento de conduta. O referido termo não traduz concessões recíprocas, mas adequação de condutas à lei, com objetivo preponderante de atender interesses sociais relevantes. Competência do Juízo de primeiro grau. Injustificada recusa do Magistrado em homologá-lo. Homologação do termo de ajuste de conduta e consequente extinção do processo contra as pessoas jurídicas de direito privado, com o prosseguimento do feito contra os demais agentes políticos.¹¹⁴

Outro exemplo da celebração de TAC em hipótese de Improbidade Administrativa refere-se a caso ocorrido na Universidade de Brasília (UnB). No âmbito do Inquérito Civil n.º 1.16.000.000289/2011-11, da Procuradoria da República no Distrito Federal, instaurado em virtude de representação do Centro Acadêmico do Direito da UnB, constatou-se que quatro professores do Curso de Direito da Universidade, contratados sob o regime de trabalho de 40 horas dedicação exclusiva exerciam, concomitantemente, atividades de advocacia.¹¹⁵

Tal conduta é vedada pela legislação federal, em especial pelo art. 14, incisos I e II, do Decreto n.º 94.664, de 1987¹¹⁶, e apta a ensejar o ajuizamento de Ação Civil Pública de

¹¹³ SANTOS, Eduardo Sens dos. **TAC em Improbidade Administrativa**. 2012. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/ESMP/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf>>. p. 10. Acesso em 20 out. 2013.

¹¹⁴ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Agravo de Instrumento n.º 2004.002.22949. Décima Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Celso Ferreira Filho. Decisão unânime e. DJERJ:09/06/2005, p. 50-53.

¹¹⁵ A notícia veiculadora do TAC consta no Anexo A deste trabalho.

¹¹⁶ Decreto n.º 94.664, de 1987, Art. 14: “O Professor da carreira do Magistério Superior será submetido a um dos seguintes regimes de trabalho: I - dedicação exclusiva, com obrigação de prestar quarenta horas semanais de

Improbidade Administrativa. Todavia, Bruno Calabrich, Procurador da República responsável pela investigação do caso, decidiu que mais benéfico à Universidade e aos próprios alunos da Instituição seria a assinatura de Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Isso, pois com o instrumento seria possível, desde logo, o início da restituição ao erário dos valores indevidamente recebidos pelos docentes e o ajustamento ao regime de trabalho adequado. Além disso, haveria valorização das aulas e dos alunos, visto que se evitaria a possível demissão dos professores, o que acarretaria na falta, ao menos temporária, de quatro docentes no Curso.

Com isso, no TAC os professores acordaram a devolução de R\$ 1,2 milhão ao erário das parcelas indevidamente percebidas a título de dedicação exclusiva. Acertaram que para a restituição dos valores, 30% serão descontados mensalmente de seus contracheques, inclusive após a aposentadoria, até que a dívida seja quitada.

O Termo prevê ainda que se os docentes falecerem antes do pagamento do débito, a quantia poderá ser cobrada do espólio. Pactua, além disso, que se deixarem a Universidade, os professores deverão pagar os valores restantes em até seis meses, sob pena de multa de R\$ 20 mil, além da cobrança imediata da dívida.

No Compromisso foi acertada, também, a regularização dos respectivos regimes de trabalho para 20 horas semanais, com a cessação dos pagamentos dos adicionais remuneratórios alusivos à dedicação exclusiva. Consoante o membro do Ministério Público, Bruno Calabrich, o TAC:

Foi particularmente interessante para a UnB, porque, se ajuizássemos ação contra esses professores, a tendência seria depois de alguns anos no máximo conseguir o que conseguimos agora. Ou de no máximo conseguir condenar os professores a um pagamento simbólico de R\$ 3 mil.¹¹⁷

Nota-se, com isso, a tônica contemporânea de equacionar efetividade e adequada tutela dos direitos em jogo, com menos prendimento a conclusões construídas em outros contextos históricos, que nem sempre possuem correspondência com o atual. Vislumbra-se o desengessamento das ideias tradicionais, com abertura de espaço para novas formas de enxergar a efetivação dos direitos coletivos.

Nesse sentido, demonstra-se que a análise de cada caso é a melhor maneira para definir qual instrumento mais bem tutela os direitos coletivos e prestigia o interesse público.

trabalho em dois turnos diários completos e impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada.”

¹¹⁷ MORAIS, Raquel. Quatro professores fazem acordo para devolver R\$ 1,2 milhão à UnB. **G1 Distrito Federal**, 8 mai. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2013/05/quatro-professores-fazem-acordo-para-devolver-r-12-milhao-unb.html>>. Acesso em 1º dez. 2013.

Com o exame casuístico torna-se possível ponderar entre os resultados a serem alcançados em uma ação judicial, e os meios para isso, e compará-los com o que poderia ser alcançado através de técnicas extraprocessuais de tutela coletiva, em especial o TAC.

Todavia, há de se atentar para o fato de que existem casos em que a ação judicial mostra-se imprescindível, principalmente considerando-se as penas que podem ser impostas em sede judicial, e que no âmbito extraprocessual mostram-se com aplicação inviável. Há, portanto, limites para a possibilidade ora analisada, os quais serão, entretanto, estudados no item 2.3 deste trabalho.

Assim, em que pese a análise dos limites da utilização do Ajustamento de Conduta nos casos de Improbidade Administrativa seja conteúdo destinado a item posterior, o que foi exposto até o momento já demonstra o quão necessário é aceitar e ampliar o debate de entendimentos há muito já consolidados. Afinal, ilógico seria crer que as posições devessem se manter imutáveis, muito menos em uma sociedade em constante transformação como a atual.

Por isso, advoga-se a plena possibilidade de composição de interesses transindividuais indisponíveis sem violação de sua essência, com a adequação da tutela extrajudicial desses direitos também em hipóteses de Improbidade Administrativa. Estudada a possibilidade dessa prospecção, necessário averiguar a legitimidade para tanto (item 2.2) e os limites necessários para o seu sucesso (item 2.3).

2.2 Dos atores capazes de celebrar Compromisso de Ajustamento de Conduta no âmbito da Improbidade Administrativa (Legitimidade)

A legitimidade que interessa ao presente trabalho refere-se àquela relativa à celebração de TAC em hipóteses de Improbidade Administrativa. Todavia, a fim de mais bem aprofundar a discussão primeiramente serão abordadas, de forma breve, as legitimidades para a propositura de Compromissos de Ajustamento de Conduta de modo geral e para o ajuizamento de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa.

Quanto ao ajuizamento de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, a previsão legal consta no art. 17, *caput*, da Lei n.º 8.429/92, o qual dispõe que a ação principal terá o rito ordinário e será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. Ainda, o § 4º do aludido dispositivo legal determina que obrigatoriamente deve haver (sob pena de nulidade) a

participação do Ministério Público como fiscal da lei, caso o *Parquet* não intervenha no processo como parte.

Os legitimados (legitimação concorrente), portanto, a ajuizar a Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, são o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas, quais sejam, aquelas diretamente atingidas pelos atos de improbidade (vítimas imediatas). Essas, porém, somente se demonstrarem pertinência subjetiva, isto é, desde que esteja presente a atribuição do interessado dedutível em juízo dentre as finalidades e competências da pessoa jurídica.

Conforme o art. 1º da Lei n.º 8.429/92, e seu parágrafo único, atos ímprobos podem ser praticados contra a) administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território; b) empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; e c) entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Nesse ponto, todavia, a maioria da doutrina entende que as entidades que recebem subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público e aquelas para cuja criação ou custeio o erário tenha concedido ou concorrido com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual não têm legitimidade para ajuizar a Ação.

A justificativa está no fato de que a Lei não visa tutelar o patrimônio ou interesses próprios de tais entidades, mas sim responsabilizar a conduta de uso irregular do dinheiro ou dos bens públicos. Por isso, a defesa desses recursos públicos compete ao Ministério Público ou à entidade de direito público da administração direta, indireta ou fundacional, que destinou as quantias irregularmente utilizadas.

Quanto ao tema, Wallace Paiva Martins Júnior assim manifesta-se:

(...) Ao passo que as referidas (entidades) no parágrafo único do art. 1º, por não integrarem a Administração Pública, não têm legitimação ativa, não obstante os atos de improbidade administrativa contra elas praticados sejam alvo de proteção legal específica (porque recursos públicos integram seu patrimônio). Nesse caso, é o Poder Público que terá legitimidade ativa, ao lado do Ministério Público.¹¹⁸

¹¹⁸ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Wallace Paiva. **Proibidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 361.

De qualquer modo, quando a iniciativa partir do Ministério Público a pessoa jurídica interessada poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do Órgão Ministerial, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do representante legal ou dirigente da pessoa jurídica. É o que sustenta o § 3º do analisado art. 17.

Outrossim, relevante notar que o § 2º do mesmo art. 17 gabarita a Fazenda Pública a ingressar com ações de complementação do ressarcimento, se o pedido agilizado por outro ente (mormente o Ministério Público) não abranger em toda sua amplitude a indenização. Arnaldo Rizzardo advoga que a extensão de *Fazenda Pública* deve ser alargada a toda entidade que não tiver satisfeita em sua plenitude a recuperação do prejuízo¹¹⁹.

No que tange à legitimidade para a celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta, fundamental perceber que o legislador foi mais restritivo que na legitimidade para a Ação Civil Pública. Isso, pois no art. 5º da Lei n.º 7.347/85 constam os legitimados ao ajuizamento de Ação Civil Pública, sendo: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; as autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista; as associações que, concomitantemente estejam constituídas há pelo menos um ano nos termos da lei civil e que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico¹²⁰.

Todavia, na sequência dos parágrafos do aludido art. 5º, especificamente no § 6º, consta a previsão legal do Compromisso de Ajustamento de Conduta, com o seguinte teor: “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”.

Ou seja, nem todos os legitimados à propositura da Ação Civil Pública o são para a celebração de TAC. Para que tomem dos interessados o Compromisso, a Lei exigiu a condição de *órgão público* dos legitimados coletivos. *Órgão público*, neste contexto, não corresponde ao conceito técnico específico de direito administrativo (centro de atribuições administrativas sem personalidade jurídica), mas sim se relaciona à natureza pública do

¹¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p. 389.

¹²⁰ O § 4º do artigo em análise possibilita que o requisito da pré-constituição seja dispensado pelo juiz quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

legitimado.¹²¹ Consoante Gavronski, “a restrição parece ser uma decorrência da possibilidade conferida a este ente de concretizar os direitos e interesses coletivos sem a participação do juiz”¹²².

Incluem-se nessa categoria, indiscutivelmente, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), as fundações públicas e as autarquias (incluindo, pois, as agências executivas e reguladoras e os conselhos profissionais, que têm natureza autárquica), bem como os órgãos públicos sem personalidade jurídica especificamente destinados à tutela coletiva, como é o caso dos PROCONs.¹²³

Sobre a legitimidade da Defensoria Pública, havia grande cizânia doutrinária: muitos doutrinadores rechaçavam a possibilidade¹²⁴, enquanto outros¹²⁵, e as Cortes Superiores¹²⁶, autorizavam-na. Todavia, com o advento da Lei n.º 11.448/07 e a inclusão da Defensoria Pública dentre os *órgãos públicos* legitimados no mesmo artigo em que previsto o Ajustamento de Conduta, tornou-se definitivamente assegurada a possibilidade de a Defensoria Pública tomar Compromissos dos interessados. Cogente observar, contudo, a necessária compatibilização com o art. 134 da Constituição Federal, o qual prevê que a legitimidade coletiva do Órgão deve obrigatoriamente direcionar-se para a defesa dos necessitados.

No que tange à legitimidade das empresas públicas e das sociedades de economia mista para a assinatura de TACs, há entendimento doutrinário majoritário no sentido de que tais entes apenas estão legitimados a tomar dos interessados Compromissos de Ajustamento de Conduta quando prestarem serviços públicos (como ocorre com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, exemplificativamente).¹²⁷

Isso, pois não obstante sejam entes públicos e estejam legitimados à propositura da Ação Civil Pública, sujeitam-se ao regime jurídico privado quando destinadas a explorar

¹²¹ Nesse sentido, Alexandre Amaral Gavronski, em *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*, p. 385/386 e Geisa de Assis Rodrigues, referindo estar acompanhada por toda a doutrina, em *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, p. 162.

¹²² GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 386.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Exemplificativamente, Geisa de Assis Rodrigues.

¹²⁵ Exemplificativamente, Alexandre Amaral Gavronski.

¹²⁶ Exemplificativamente, STJ, RESp 181.580, 3ª T., DJ 22.04.2002; STF, ADIn 558-TJ, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 16.08.1991.

¹²⁷ Nesse sentido, Alexandre Amaral Gavronski, *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*, p. 387; Hugo Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 365; Fernando Akaoui, *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*, p. 77/78; Geisa de Assis Rodrigues, *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, 2. ed., modificando posição adotada na 1. ed. quando entendia incabível a possibilidade.

atividades econômica, nos termos do art. 173 da Constituição Federal. Desta forma, consoante esclarece Hugo Mazzilli¹²⁸:

Parece-nos que, quando se tratar de órgãos pelos quais o Estado administra o interesse público, ainda que da chamada *administração indireta* (como autarquias, fundações públicas ou empresas públicas), nada obsta a que tomem compromissos de ajustamento de conduta quando ajam na qualidade de entes estatais (quando prestem serviço público). Contudo, para aqueles órgãos dos quais o Estado participe, quando concorram na atividade econômica em condições empresariais, não se lhe pode conceder essa prerrogativa de tomar compromissos de ajustamento de conduta, sob pena de estimular desigualdades afrontosas à ordem jurídica, como é o caso das sociedades de economia mista ou das empresas públicas, quando ajam em condições de empresas de mercado.

No mesmo sentido, José Emmanuel Burle Filho e Wallace Paiva Martins Júnior¹²⁹:

[...] a melhor interpretação, que se ajusta ao sistema jurídico vigente, é a que encontra na expressão *órgãos públicos* (mercê da má técnica legislativa) a indicação de todas as entidades que compõem a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, e que, independentemente da personalidade jurídica de cada uma, desenvolvam precipuamente atividades de interesse público, o que permite incluir as sociedades de economia mista e as empresas públicas como detentoras da prerrogativa de firmar compromisso de ajustamento de conduta desde (é claro) que esta esteja inserida entre os objetivos legais e estatutários do ente, de modo a prevenir litígio para o qual estava legitimada. Excluir-se, *tout court*, as entidades paraestatais da possibilidade de firmarem compromissos de ajustamento de conduta é equipará-las à [sic] entidades genuinamente privadas (como as associações coletivas), o que não se adequa ao ordenamento jurídico.

Em face dessa peculiaridade, estão impedidos de tomar Compromissos com eficácia de título executivo extrajudicial, além das sociedades de economia mista e das empresas públicas que desenvolverem atividade econômica em sentido estrito sob regime privado, as associações civis e todos aqueles legitimados coletivos que têm essa mesma natureza privada associativa, exemplificativamente os sindicatos e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs, reguladas pela Lei n.º 9.790/99).

Gavronski aponta que o impedimento absoluto aos legitimados de natureza privada de contribuírem para assegurar máxima efetividade à tutela coletiva por meio da negociação orientada pela construção argumentativa do consenso contraria a principiologia que orienta a tutela extraprocessual, mormente o princípio da participação. Por isso, desenvolve em sua obra *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*, no oitavo capítulo, item 4, argumentação

¹²⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 103.

¹²⁹ BURLE FILHO, José Emmanuel. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva *apud* MILARE, Édis. **Direito do Ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 902 *apud* SOUZA, Demétrius Coelho; FONTES, Vera Cecília Gonçalves. **Compromisso de Ajustamento de Conduta**. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-3.pdf>.

acerca da possibilidade de acordo coletivo firmado por legitimados de natureza privada, o que, todavia, foge ao foco do presente estudo.

Por fim, antes de adentrar na análise específica a respeito da legitimidade para a celebração de TAC em hipóteses de Improbidade Administrativa - objetivo do presente item -, imperioso consignar que há diferentes entendimentos na doutrina acerca da necessidade do que se convencionou chamar de *pertinência temática* para os órgãos públicos celebrarem o TAC.

Parte da doutrina posiciona-se pela imprescindibilidade da apuração da *representatividade adequada* do legitimado para determinada específica tutela coletiva. Nas palavras de Gavronski, em se tratando de ente público a pertinência temática “deve ser analisada a partir da coincidência entre a atuação que ele se propõe a ter em tutela coletiva e as suas finalidades institucionais”¹³⁰.

Adotando essa compreensão, Teori Zavascki:

Embora sem alusão expressa no texto normativo, há, em relação a eles [refere-se aos entes públicos legitimados], uma condição de legitimação implícita: não é qualquer ação civil pública que pode ser promovida por tais entes [e diríamos, qualquer TAC que podem tomar], mas apenas as que visem tutelar direitos transindividuais que, de alguma forma, estejam relacionados com interesses do demandante. Seja em razão de suas atividades, ou de suas competências, ou de seu patrimônio, ou de seus serviços, seja por qualquer outra razão, é indispensável que possa identificar uma relação de pertinência entre o pedido formulado pela entidade autora da ação civil pública [ou do conteúdo do compromisso por ela tomado] e seus próprios interesses e objetivos como instituição.¹³¹

Entendendo em sentido contrário, exemplificativamente, Ana Luiza de Andrade Nery, a qual sustenta que:

Assim, pode-se concluir que o compromisso de ajustamento de conduta deve ser firmado, evidentemente, pelo representante do órgão público com poderes para tanto, mas isso não significa que o legitimado não possa exercer o seu poder-dever em defesa dos interesses que só *mediatamente* se relacionem com a sua vocação institucional. (...) Ou seja, o interessado que quiser celebrar o ajustamento de conduta deve contar com o poder público, representado por quem tenha autorização legal para tratar sobre os temas postos em negociação, de modo que não poderá lhe ser negada a possibilidade de celebração do compromisso sob o argumento de que o órgão público cuidaria, apenas, de assuntos relacionados a um dos direitos metaindividuais tutelados pelo sistema, e que, por isso mesmo, eventual obrigação

¹³⁰ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 388.

¹³¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 75 *apud* GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *op. cit.* p. 388, nota de rodapé n.º 110.

ou direito negociado sobre direito de outra natureza não poderia ser inserto naquele ajustamento.¹³²

O dissenso, entretanto, não toma grandes proporções quando se trata do legitimado Ministério Público. Nestes casos, a imensa maioria dos doutrinadores pátrios entende não ser necessária a demonstração de pertinência temática, em razão de o *Parquet* ter entre suas finalidades institucionais precípua a defesa dos interesses difusos e coletivos (art. 129, III, Constituição Federal).

É apontado como requisito, por outro lado, que seja observada a disposição do art. 127 da Constituição Federal, que incumbe ao *Parquet* a defesa dos “interesses sociais e individuais indisponíveis”; ou seja, advoga-se, de modo geral, que faltaria pertinência temática ao Ministério Público para atuar em defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos de natureza patrimonial (disponível) titularizados por pequenos grupos de pessoas, portanto sem relevância social.¹³³

Vistos os legitimados para a propositura da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa e para a celebração do Compromisso de Ajustamento de Conduta, urge, agora, questionar quem são os legitimados para a celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta em hipóteses de Improbidade Administrativa. Seriam todos os legitimados então referidos? Seriam apenas aqueles cumulativamente legitimados para a propositura do TAC e da ação judicial?

A doutrina é escassa sobre o assunto. Se poucos são os autores que tratam sobre a possibilidade de modo geral, ainda em menor número são aqueles que se dedicam a analisar a legitimidade específica para o caso de TACs no campo da Improbidade Administrativa.

Todavia, o melhor entendimento parece ser no sentido de que apenas os legitimados de forma cumulativa para as possibilidades – celebração de Compromisso e ajuizamento de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa – teriam legitimidade para firmar o instrumento no caso de atos ímprobos.

¹³² NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 180.

¹³³ Alexandre Amaral Gavronski apresenta como situação hipotética a de um navio, transportando 30 veículos importados de alto custo, que seja impedido de atracar no porto de Santos por uma negativa ilegítima da autoridade competente pela liberação da importação. Aduz o autor que em casos como o do exemplo surgiria um direito coletivo dos proprietários a afastar tal proibição, de modo que a tutela coletiva seria admissível. Sustenta, todavia, que ao Ministério Público faltaria interesse processual ou extraprocessual para agir na questão. Isso, pois conquanto as normas de defesa do consumidor sejam declaradas pela lei como de interesse social (art. 1º, CDC), os direitos e interesses em si, na sua titularidade individual, não são, sempre e necessariamente, sociais (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 388, nota de rodapé n.º 112).

Dessa forma, apenas o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas estariam legitimados. As pessoas jurídicas interessadas, porém, seguindo a regra da necessidade de demonstração da pertinência subjetiva, isto é, desde que esteja presente a atribuição do interessado dedutível em juízo dentre as finalidades e competências da pessoa jurídica. Ademais, nesses casos, sempre com a participação do Ministério Público, tal como ocorre na ação judicial.

Além disso, seguindo o entendimento de que as entidades que recebem subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público e aquelas para cuja criação ou custeio o erário tenha concedido ou concorrido com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual não têm legitimidade para ajuizar a ação judicial, entende-se que também não o tem para celebrar TAC.

Assim, advoga-se que, do mesmo modo que ocorre na ação judicial, a assinatura do Compromisso para a defesa dos recursos públicos destinados a essas entidades deve se dar por iniciativa do Ministério Público ou da entidade de direito público da administração direta, indireta ou fundacional, que destinou as quantias irregularmente utilizadas.

Compactuando dessa ideia, Marcio Felipe Lacombe da Cunha¹³⁴:

Finalmente, convém registrar que, uma vez se admitindo a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta no campo da improbidade administrativa, como se está a defender no presente artigo, este apenas poderá ser tomado pelos órgãos legitimados à ação civil pública de improbidade administrativa, a saber: o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, à vista do disposto no artigo 17, caput, da Lei de Improbidade Administrativa.

Salientando a legitimidade do *Parquet*, Eduardo Sens dos Santos¹³⁵:

Ora, se o Ministério Público deve "zelar pelo *efetivo* respeito dos Poderes Públicos", "promovendo as medidas necessárias a sua garantia", e se o Ministério Público deve promover o inquérito civil público para "proteção do patrimônio público e social" (art. 129, Constituição da República), por que razão excluir do Ministério Público a possibilidade de celebração de TAC em que o responsável por ato de improbidade seja apenado com a mesmíssima sanção que receberia eventualmente ao final de uma custosa, cara, demorada e burocrática ação de improbidade administrativa? Vale sempre lembrar que o Ministério Público é, em sentido lato, órgão público. E a administração pública de qualquer dos Poderes da União, Estados e Distrito Federal deve obedecer ao princípio da "eficiência", tal como previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

¹³⁴ CUNHA, Marcio Felipe Lacombe da. Termo de Ajustamento de Conduta e a possibilidade de conciliação na seara da Improbidade Administrativa. **Revista da AGU**. Ano IX, n. 26, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=332282&ID_SITE=>>. Acesso 25 nov. 2013.

¹³⁵ SANTOS, Eduardo Sens dos. **TAC em Improbidade Administrativa**. 2012. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/ESMP/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf>>. p. 11. Acesso em 20 out. 2013.

Como se vê, o Promotor de Justiça relembra que o Ministério Público como órgão público deve observar o Princípio da Eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Com isso, sustenta que ao ter a opção de celebrar TAC ou ajuizar Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa o membro do *Parquet* deve ponderar qual instrumento mais bem alcançará os objetivos visados, melhor e mais eficientemente tutelando os direitos coletivos em questão. Assim, aduz que seria inclusive um dever do Órgão Ministerial celebrar o Compromisso quando se mostrasse possível e mais adequado que a ação judicial ao caso concreto.

Ainda, sustenta o autor que negar tal legitimidade ao Ministério Público significa esvaziar em grande parte o poder/dever de *zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia*, conferido ao Órgão pelo art. 129, inciso II, da Carta Magna. Indaga, diante disso:

Afinal de contas, por que razão o Judiciário estaria em melhores condições que o Ministério Público, por seus promotores e por seus procuradores, ou no Conselho Superior, de definir se um ato de improbidade deve ser sancionado com multa de um, dois ou dez ou cem salários mínimos? Por que razão o Judiciário estaria em melhores condições, tanto práticas (agilidade, rapidez, eficiência), quanto de mérito (conhecimento da causa, da sociedade, da comunidade) que o próprio Ministério Público?¹³⁶

Argumenta, por fim, o Promotor de Justiça, que o membro do *Parquet* jamais age sozinho na celebração de um TAC. Primeiro, por exigir a aquiescência da outra parte; segundo, pelo fato de seus procedimentos, tanto do ponto de vista formal, quanto no que tange ao mérito, serem sempre analisados pelo Conselho Superior do Ministério Público, que, revisa o ato podendo homologá-lo ou não. Defende, portanto, que o instrumento não pode ser visto como menos seguro que a ação judicial, já que é revisado e deve ser publicizado, podendo inclusive vir a ser questionado em juízo.

Esta temática, todavia, adentra em conteúdo relativo aos limites da utilização do Compromisso no campo da Improbidade Administrativa, assunto a ser analisado no item que segue.

2.3 As situações excepcionais à utilização do Compromisso de Ajustamento de Conduta alternativamente à Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa (Limites)

¹³⁶ SANTOS, Eduardo Sens dos. **TAC em Improbidade Administrativa**. 2012. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/ESMP/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf>>. p. 11. Acesso em 20 out. 2013.

Apresentadas as ideias referentes à possibilidade e à legitimidade para a celebração de TAC no campo da Improbidade Administrativa, faz-se necessário esclarecer quais os limites para tal hipótese. Ou seja, urge refletir acerca de em quais situações e em que momento o instrumento é, de fato, benéfico para a tutela coletiva.

Também, faz-se necessário indagar em que casos de Improbidade Administrativa o TAC mostra-se possível: para todo e qualquer ato de Improbidade Administrativa em que o agente ímprobo concorde em adequar sua conduta à lei, ou apenas em algumas situações, havendo determinados limites a serem observados?

Importante, ainda, questionar em que momento o instrumento se mostra viável. Somente pode ser celebrado quando ainda não houver ação judicial ajuizada, ou pode se dar no curso do processo?

Além disso, cogente ser analisado que tipo de controle deve haver sob tais Compromissos; se firmados pelo Ministério Público, precisam de homologação do Órgão Superior? Se celebrados por outro legitimado, necessitam da participação do *Parquet*? Há a necessidade de publicização?

Esses questionamentos são objeto do derradeiro item deste trabalho, que, como já foi dito, de modo algum pretende esgotar a temática, mas, pelo contrário, apenas abrir espaço para discussão de tema que se mostra relevante no cenário jurídico atual.

A doutrina pátria, consoante já referido mais de uma vez no presente estudo, em regra nega a possibilidade posta em debate. Todavia, mesmo muitos dos autores que rechaçam a possibilidade apontam uma exceção, em que seria possível a celebração de Ajustamento. Trata-se das sanções de reparação integral do dano causado ao erário e da perda da vantagem ilicitamente obtida pelo agente.¹³⁷

Assim, aduzem os doutrinadores que dentre as sanções previstas no art. 12 da Lei n.º 8.429/92, a única possível de ser aplicada mediante TAC é a reparação integral do dano, no caso de lesão ao erário, e a restituição integral do acréscimo patrimonial indevido, na hipótese de enriquecimento ilícito.

Com isso, sustentam que, diferentemente, quando enxergar-se possível a aplicação de sanções como a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a aplicação de

¹³⁷ Nesse sentido, além dos doutrinadores expressamente mencionados no texto do trabalho: Fernando Grella Viera, *A Transação na Esfera da Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos: Compromisso de Ajustamento de Conduta*, in *Ação Civil Pública: lei 7.347/1985 – 15 anos*. MILARÉ, Édís (Coord.). p. 233; Hugo Nigro Mazzili, *O inquérito Civil*, p. 320; Marcelo Figueiredo, *Probidade Administrativa*, p. 93.

multa e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, não caberia a utilização do Ajustamento de Conduta.

Nesse sentido, Marino Pazzaglini Filho¹³⁸:

Vislumbra-se, como exceção, uma única situação em que a transação, em caso de improbidade administrativa, poderia ser realizada, ou seja, quando o autor da ação (Ministério Público ou Pessoa Jurídica Lesada) tão somente postular, no caso de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, a restituição integral do acréscimo patrimonial indevido, e, na hipótese de ato de improbidade administrativa lesivo ao Erário, a reparação total da lesão patrimonial.

Compartilhando do mesmo entendimento, Rogério Pacheco Alves¹³⁹:

Não vedou o legislador, no entanto, que se acordasse quanto às condições, o prazo e o modo de reparação do dano causado ao erário ou mesmo quanto à perda da vantagem ilicitamente obtida pelo agente, inclinando-se por tal solução a melhor orientação doutrinária. Quanto a tais aspectos, como soa evidente, tem-se direitos meramente patrimoniais, disponíveis portanto, nada impedindo que o legitimado, via ajustamento de conduta, sem abrir mão da reparação integral do dano - e da pretensão sancionatória -, acorde quanto às condições de sua mera implementação.

Seguindo esta posição, também Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, ao referir que a proibição constante no §1º do art. 17 não deve ser entendida como fator impeditivo à formalização de acordo ou transação com vistas ao ressarcimento do erário. Consoante o autor, todo o sistema é voltado para a defesa do patrimônio público, de modo que a vedação deve ser interpretada teleologicamente. Ou seja, deve-se compreendê-la no sentido de impedir a *disposição da ação*, mas nunca a celebração de medidas de recomposição do erário, antes ou no curso do processo.¹⁴⁰

Por outro lado, Geisa de Assis Rodrigues, mais restritiva, entende que apenas a reparação integral da lesão patrimonial poderia ser alvo de TAC:

O ato de improbidade pode ensejar a incidência das seguintes sanções: reparação do dano ao erário, perda da função pública, multa, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, perda dos bens advindos do enriquecimento ilícito. Seria possível que o ajustamento de conduta versasse sobre uma dessas penas? Embora à primeira vista, a abrangência do artigo 17 possa impor uma resposta negativa a esta pergunta, consideramos que, se houver, no caso concreto, a disposição de se reparar

¹³⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 214 *apud* FARIAS, Bianca Oliveira de. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na lei de improbidade administrativa e no projeto de lei da ação civil pública.** Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/apontamentos_sobre_o_compromisso_de_ajustamento_de_conduta.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2013.

¹³⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa.** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 617/618.

¹⁴⁰ CASTRO E COSTA NETO, Nicolao Dino de. **Improbidade Administrativa: aspectos materiais e processuais;** em **Improbidade Administrativa** – 10 anos da Lei n.º 8.429/92, Livraria Del Rey Editora Ltda, Belo Horizonte, 2002 *apud* RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa.** Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p.391.

integralmente o dano ao Erário Público por parte do agente que cometeu o ato de improbidade, ainda em sede extrajudicial, não podemos, sob pena de violar os princípios que se aplicam à tutela extrajudicial, impossibilitar simplesmente a celebração do ajuste. Este, tendo eficácia executiva, será mais um importante meio de defesa do patrimônio público. As demais sanções, no entanto, a evidência, estão fora da possibilidade de acordo ou negociação. É bom que se frise que o compromissário poderá ser sancionado pela lei de improbidade, ainda que repare integralmente o dano ao Erário.¹⁴¹

Eduardo Sens dos Santos, mais receptivo ao TAC, sustenta que além da reparação integral do dano ao erário e da restituição dos valores indevidamente recebidos pelo agente ímprobo, a multa civil também pode ser sanção determinada e exigida mediante Compromisso de Ajustamento de Conduta. Para o Promotor de Justiça, inexistente razão no posicionamento que entende pela impossibilidade de a multa civil ser fixada e cobrada por meio de TAC. Por isso, refere que:

A posição que restringe o poder do Ministério Público, limitando-o apenas à possibilidade de celebrar TAC relativamente ao ressarcimento do dano, esquece que tanto um projeto de recuperação da área degradada quanto uma multa são exigências legais. O agente ímprobo tem como exigência legal o pagamento de multa, assim como o poluidor tem como exigência legal a reparação integral do dano.¹⁴²

Dessa forma, Eduardo critica a redação do parágrafo único do art. 12 da Lei n.º 8.429/92, já que o dispositivo legal confere exclusivamente ao juiz o papel de fixar as penas nas hipóteses de Improbidade Administrativa. Argumenta, o autor, que a redação só faz sentido quando há provocação da jurisdição, ou seja, apenas quando há ação judicial em curso.

Para Eduardo, extraprocessualmente não existe motivo para retirar a possibilidade de o Ministério Público propor TAC, numa dosimetria antecipada da pena. Ante a inexistência de necessidade de provocação da jurisdição não haveria usurpação da competência do juiz.

Explica o Promotor de Justiça:

Todavia, parece evidente que somente quando proposta a ação é que cabe ao juiz fixar as penas. Não havendo ação, não há jurisdição e, não havendo proibição expressa, não há razão alguma para retirar do Ministério Público o poder de propor TAC para, numa dosimetria antecipada da pena – tal qual se faz nos juizados especiais criminais, na delação premiada, nos danos ambientais e ao consumidor, dentre outros – chegar a acordo com o agente ímprobo. No TAC a dosimetria é anterior, é prévia à própria ação de improbidade. Se, pela jurisprudência, percebe o promotor que a sanção para aquela improbidade detectada no inquérito civil público

¹⁴¹ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 184/185.

¹⁴² SANTOS, Eduardo Sens dos. **TAC em Improbidade Administrativa**. 2012. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/ESMP/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf>>. p. 18. Acesso em 20 out. 2013.

não passará de multa, por que razão não permitir que se celebre TAC com o responsável, obtendo dele a mesma multa que receberia ao final?

Como argumento, aponta o autor o fato de que também é o juiz quem deve dosar a indenização por danos ambientais ou contra as relações de consumo. Assevera que mesmo diante disso nunca se impossibilitou o *Parquet* de propor TACs para já extraprocessualmente compensar os danos ambientais ou consumeristas, da forma como convierem as partes.

Aduz, ainda, que também é o juiz quem deve dosar a pena para crimes de menor potencial ofensivo, pela regra do art. 59 do Código Penal, mas refere que isso não impede que o promotor de justiça apresente proposta de transação penal com a pena graduada de acordo com a sua prudência. Aponta também os atos infracionais, para os quais a remissão pode ser cumulada com prestação de serviços comunitários dosada pelo membro do Ministério Público da forma que esse melhor entender.

De qualquer modo, em que pese a cizânia por parte dos estudiosos, o que se apresenta unânime é a impossibilidade de utilização de Compromisso de Ajustamento de Conduta para a aplicação das demais sanções previstas no art. 12 da Lei, quais sejam, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Parece, ao fim, a posição mais adequada ao prestígio do interesse público, aquela que entende pelo não alcance da vedação do art. 17, §1º a TACs com condições de cunho reparatório ou pecuniário. Ou seja, que a vedação não se aplica às sanções de ressarcimento integral do dano ao erário, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente ímprobo e multa civil.

Até porque seria desproporcional negar a possibilidade de firmatura de TAC com o agente que “tão só” viola princípio da Administração, e que não tem valores a restituir ou perder, tendo como sanção exclusiva a multa civil, e por outro lado, aceitar a celebração de Compromisso com agente que causou prejuízo ao erário ou enriqueceu ilicitamente.

Nesse sentido, Rogério Pacheco Alves sugere a criação de *Atos de Improbidade de Menor Potencial Ofensivo* (ou de *Menor Lesividade*), para os quais seria possível uma espécie de transação que deveria ser prevista na própria Lei 8.429/92. Tal transação poderia importar, cumulativamente, no ressarcimento integral do dano e pagamento de multa civil e, sendo o caso, na própria proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios e incentivos fiscais e creditícios por prazos menores que os atualmente previstos no art. 12 da Lei.

Na ideia do autor:

A proposta de transação, que poderia ser formulada por qualquer dos legitimados pela Lei n.º 8.429/92, com intervenção obrigatória do *Parquet* nos casos em que a proposta não fosse por ele formulada, estaria sujeita à homologação pelo Poder Judiciário, em hipótese típica de jurisdição voluntária. Somente fariam *jus* a tal benefício aqueles que praticassem “atos de improbidade de menor potencial ofensivo”, (...), e que fossem “primários”, tal como se dá, *mutatis mutandis*, na transação penal prevista na Lei 9.099/95. Sua concessão ao mesmo agente só poderia ocorrer uma vez, impedindo-se a segunda fruição do benefício.¹⁴³

Essa possibilidade, conforme o doutrinador, representaria vantagens para a sociedade e para o agente ímprobo. Isso, pois possibilitaria a rápida e eficiente reparação do dano, evitando-se o moroso e custoso processo judicial e todos os constrangimentos a ele inerentes. Além disso, tornaria o sistema mais harmônico, evitando a incongruência já referida neste trabalho, acerca da possibilidade de transação penal em uma mesma conduta em que a transação na esfera civil é vedada.¹⁴⁴

Apresentada a sugestão inovadora de Rogério Pacheco Alves, urge dar prosseguimento à análise proposta no início do presente item, acerca do momento adequado para a celebração do TAC. Antes, todavia, necessário referir, brevemente, uma última questão no que tange à relação do TAC com as penas possivelmente impostas na ação judicial. A doutrina entende, excepcionalmente, ser possível o ajuizamento de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa mesmo depois de celebrado TAC.

Isso, todavia, apenas quando houver outras sanções cabíveis ao caso concreto além daquelas já cumpridas no Compromisso; ou na hipótese de que as que foram aplicadas não se mostrarem suficientes (como, por exemplo, a reparação ao erário não tiver sido integral). O mesmo vale para a hipótese de alteração da situação fática vigente à época da celebração do Termo (cláusula *rebus sic standibus*) e de Compromisso inválido. Fora desses casos faltaria interesse à propositura da ação.

De qualquer forma, asseveram os estudiosos que a celebração do Ajustamento em fase pré-processual deve ser considerada pelo magistrado (exceto no caso de Compromisso inválido), atuando como circunstância atenuante no momento da fixação das demais penas. Isso, para valorizar o agente que reconhece o ato ímprobo e concorda em cumprir de início com o estabelecido no Compromisso.

Também, através desse reconhecimento objetiva-se não tornar o instrumento um meio desacreditado, mas sim uma verdadeira alternativa à jurisdição. Afinal, se diferente fosse,

¹⁴³ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 621.

¹⁴⁴ O autor apresenta o exemplo do emprego irregular de rendas ou verbas públicas, que caracteriza ato de Improbidade e o tipo penal do art. 315 do Código Penal, passível de transação penal (p. 621).

tanto faria para o agente cumprir as condições ainda em sede de TAC ou somente após o longo transcurso da ação judicial.

Nesse sentido, Rogério Pacheco Alves¹⁴⁵:

A celebração do ajuste deve ser considerada pelo magistrado por ocasião da dosimetria das referidas sanções civis, atuando a integral reparação do dano ou a reversão da vantagem ilicitamente obtida como verdadeira circunstância atenuante no campo da ação por improbidade administrativa.

Quanto ao momento adequado para a celebração do Ajustamento, muito embora a Lei da Ação Civil Pública só se refira ao Compromisso de Ajustamento de Conduta extrajudicial, nada impede a sua celebração durante a própria relação processual, quando em curso ação em defesa do interesse difuso (embora esse não seja a espécie de TAC em foco no presente trabalho).

Na primeira hipótese, ou seja, na utilização extraprocessual, do Ajuste resulta a formação de título executivo extrajudicial (art. 585, VII, CPC c/c art. 5º, §6º, Lei 7.347/85). Já quando da sua utilização em juízo, dá-se a formação de título executivo judicial (art. 584, III, CPC, interpretado extensivamente), importando a homologação do TAC verdadeira extinção do processo com julgamento do mérito (art. 269, II, CPC).

Esse, todavia, é o entendimento acerca do instituto de maneira geral, ou seja, não especificamente em hipóteses de Improbidade Administrativa. Quando se trata de casos relativos à matéria em estudo a doutrina manifesta-se de forma mais rígida, muitos negando a possibilidade da celebração de TAC no curso da ação, pela vedação contida no art. 17, §1º, da Lei 8.429/92.

Por outro lado, há vozes no sentido de que a proibição do art. 17, §1º, deve ser flexibilizada em prol do interesse público. Para esses, se por um lado o TAC no curso da ação judicial pode ser questionado, por outro, é descabida qualquer discussão quanto ao momento pré-processual. Isso, pois para os defensores deste entendimento, não é plausível cogitar a interpretação extensiva ao §1º do art. 17, já que retiraria poderes do Ministério Público. Adeptos a esta posição, principalmente os membros do *Parquet*.

Exemplificativamente, fragmento retirado do sítio eletrônico do Ministério Público Federal, no qual consta a seguinte resposta para a pergunta “É possível formular um TAC em ação de improbidade?”:

A Lei 8.429/92, no artigo 17, § 1º, afirma ser inviável a formalização de termo de ajustamento de conduta em casos relacionados com improbidade administrativa,

¹⁴⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 618.

uma vez que são vedados acordos, transações ou conciliações nesta matéria, em razão de estarem envolvidos interesses indisponíveis, como a probidade administrativa e o patrimônio público, os quais não podem ser transacionados. Entretanto, o Ministério Público pode utilizar-se de termo de compromisso de ajustamento de conduta, durante o inquérito civil ou procedimento administrativo preliminar, desde que não haja configuração de prejuízo ao erário.¹⁴⁶

Posição interessante é a adotada por Rogério Pacheco Alves. O autor apresenta outra possibilidade de utilização de TAC na seara da Improbidade Administrativa, também em fase extraprocessual. Trata-se de Compromisso de Ajustamento de Conduta com caráter preventivo, com o objetivo de monitorar a conduta do agente e evitar que ele venha cometer um ilícito comum a seus colegas ou antecessores.¹⁴⁷

Consoante o autor, a repetição de alguns atos ímprobos, em todos os níveis federativos e em todos os Poderes, leva a que se conclua, através da adoção de máxima de experiência, pela probabilidade de continuação da dilapidação do patrimônio público. Dessa forma, seria mais interessante e vantajoso à coletividade a prevenção da ocorrência do dano do que a sua posterior recomposição.

O autor elenca algumas situações exemplificativas em que o TAC preventivo teria aplicabilidade. Uma delas é a de descumprimento dos limites legais estabelecidos com as despesas de pessoal, sobretudo em épocas próximas a pleitos eleitorais. Tal conduta é proibida pela legislação eleitoral e pela própria Lei de Responsabilidade Fiscal. O TAC, portanto, nestas hipóteses, atuaria como um reforço, uma segurança afirmando o comprometimento pessoal do agente público de abster-se de agir de maneira ilegal.

Sobre o assunto, refere Rogério Pacheco de Alves¹⁴⁸:

Em casos tais, nada melhor, sobretudo durante os períodos de sucessão de mandato, por ocasião do início de uma nova administração, que o imediato ajustamento de conduta com vistas a que se evitem as ilegalidades verificadas, ao longo dos anos, em administrações pretéritas, prevenindo, inclusive, litígios futuros com o novel mandatário. Diante de tais circunstâncias, não devem os legitimados futuros, sobretudo o Ministério Público, ante a alta probabilidade de reiteração das condutas, “cruzar os braços” e aguardar a ocorrência do dano, uma vez que a proteção dos direitos difusos, via de regra, deve dar-se de forma preventiva, sob pena de tê-la, na prática, como inócua.

Por fim, cumpre discutir de forma breve acerca do controle sob os Compromissos celebrados no campo da Improbidade Administrativa. Pergunta-se: quando firmados pelo

¹⁴⁶ _____ . **Perguntas frequentes**. Disponível em: <<http://cidadao.mpf.mp.br/perguntas-frequentes/sobre-o-ministerio-publico>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

¹⁴⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 619.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

Ministério Público precisam ser homologados pelo Órgão Superior para que tenham eficácia? A doutrina, mais uma vez, não se mostra pacífica.

De um lado, há quem entenda a homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público (ou, no Ministério Público da União, pela respectiva Câmara de Coordenação e Revisão) como *condição de eficácia* do Ajustamento assinado. Para esses, o Órgão Superior atua como fiscal do princípio da obrigatoriedade da atuação Institucional, devendo, portanto, ter conhecimento e aprovar o Compromisso para esse ter eficácia. Nesse sentido, exemplificativamente, Rogério Pachecho Alves.¹⁴⁹

Em direção contrária posiciona-se outra parte da doutrina, como por exemplo, Alexandre Amaral Gavronski.¹⁵⁰ Sustenta, este grupo, que a lei não impôs tal condição, e que, portanto, a eficácia do TAC inicia-se no momento em que o órgão público legitimado toma o Compromisso.

Hugo Nigro Mazzilli adota este último entendimento. Todavia, o autor faz a ressalva de que quando o TAC for assinado em autos de inquérito civil seja assegurada ao Órgão Superior a revisão do ato. Ressalta, entretanto, que isso não significa o condicionamento da eficácia do Compromisso, mas tão somente a revisão do ato que ensejará o arquivamento do inquérito.¹⁵¹

Da mesma forma é compreendida pela maioria da doutrina a necessidade de publicização do Termo firmado. Ou seja, não se defende que a publicação do TAC em diário oficial ou qualquer outro meio idôneo¹⁵² trate-se de condição para a eficácia do Ajuste. Aduz-se, entretanto, que a publicidade deve ser assegurada em respeito ao princípio previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Questão conflituosa na doutrina, por outro lado, refere-se à obrigatoriedade, ou não, da participação do Ministério Público na assinatura de TAC quando esse for tomado por outro órgão público legitimado. Alexandre Amaral Gavronski aduz que:

Não há necessidade que o compromisso firmado por outros legitimados seja submetido ao Ministério Público (...) para que produza efeitos, visto que esse

¹⁴⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pachecho. **Improbidade Administrativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 616.

¹⁵⁰ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 393.

¹⁵¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 376.

¹⁵² Geisa de Assis Rodrigues sugere que a publicação do teor do TAC não se limite ao diário oficial, mas que alcance a comunicação de massa. Aponta a internet como um meio aliado, através da divulgação em sítios eletrônicos dos órgãos públicos tomadores do Compromisso. Cita, também, as audiências públicas como um instrumento de divulgação do Ajuste. Ainda, indica a afixação de cópia em lugar público a todos acessível quando tratar-se de lugares menores (*Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*, p. 197/198).

requisito não consta da lei ou se extrai necessariamente do sistema jurídico em razão de sua condição de título executivo ou de instrumento de tutela coletiva.¹⁵³

Comungando do mesmo entendimento, Paulo Valério Dal Pai Moraes, que lembra que os demais legitimados também têm obrigação de se pautarem na lei. O Promotor de Justiça assevera que a previsão legal de intervenção obrigatória nas ações civis públicas (art. 5º, §1º, Lei n.º 7.347/85) não serve a fundamentar tal obrigatoriedade, visto que tal intervenção terá lugar se o Compromisso precisar ser executado.¹⁵⁴ Adotando esta opinião, também Sérgio Shimurra¹⁵⁵.

Vale apontar, de forma breve, opinião existente em relação ao quadro que se desenhou para atuação do Ministério Público e para sua relação diferenciada com a Administração ao longo dos anos. O estabelecimento de um órgão forte do Estado, com independência para agir e autonomia para se administrar, com o tempo passou a dar ensejo a entendimento no sentido de que a sua atuação representaria um risco para o processo político e para a governabilidade, ante a falta de controle efetivo da atuação dos membros da Instituição.

Para os autores com esse entendimento, o Ministério Público, a partir dos anos 90 do último século, abandonou, em larga medida, sua condição de parceiro propositivo na execução de políticas públicas, para se tornar, cada vez mais, o implacável censor do governo, com uso mais frequente da Lei de Improbidade Administrativa e da persecução penal contra gestores.

Nesse sentido, Eugênio José Guilherme de Aragão, Subprocurador-geral da República, mesmo integrando os quadros do Ministério Público Federal há 26 anos, sustenta que:

A relação entre o Ministério Público e o governo (ou Poder Executivo) passou a ser, ao longo dos últimos anos, muito conflitiva. Abandonando a postura de parceiro, a instituição passou a ser vista, pelo administrador, como risco à governabilidade. Agentes do Ministério Público têm crescentemente tentado impor sua visão de gestão de recursos públicos – e, com isso, a formatação das políticas públicas – mediante uso ou ameaça de uso da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992), conjugado com a acusação, em âmbito penal, por crimes contra a administração. Essas iniciativas se fizeram acompanhar, frequentemente, de declarações públicas na mídia, acirrando ataques oposicionistas e de meios de comunicação hostis ao governo, em indisfarçável tom maniqueísta, como se a posição do Ministério Público, representando o espírito público, o lado do bem, estivesse em confronto moral com a política do Executivo, representando a transgressão, o mal enfim. A consequência, em diversos setores, tem sido a paralisia

¹⁵³ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 392.

¹⁵⁴ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **O Compromisso de Ajustamento**. Revista da *AJURIS*, n. 83, p. 285/310, set. 2010. p. 302/303 *apud* GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 392, nota de rodapé n.º 121.

¹⁵⁵ SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006. p. 141/143 *apud* GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 392, nota de rodapé n.º 121.

da ação governamental, com deterioração da infraestrutura e de serviços prestados à população.

Nesta perspectiva, aduz o autor que o Ministério Público não deve deixar de exercer o controle de legalidade sobre as ações da Administração, mas que deve fazê-lo sem perder a disposição ao diálogo e à parceria, “sem querer reivindicar justiceiramente um monopólio do espírito público que não lhe pertence”¹⁵⁶. Prossegue referindo que o *Parquet* não deve, com seu controle, inviabilizar escolhas políticas e bloquear sua execução, mas garantir qualidade e eficiência no processo e no resultado, dentro do marco legal existente.¹⁵⁷

Exposto, mesmo que sucintamente, apenas a título de conhecimento da existência de opiniões nesse sentido, cumpre retornar à discussão da necessidade ou não de participação do Órgão Ministerial na celebração de TAC por outro legitimado coletivo. Geisa de Assis Rodrigues dissente dos autores antes mencionados, e sustenta que todos os Compromissos precisam ser submetidos à apreciação do Ministério Público.¹⁵⁸

Para a autora essa é a interpretação mais consentânea com os princípios e valores da tutela dos direitos transindividuais. Isso, ante o papel de protagonista da defesa dos direitos transindividuais reservado ao Ministério Público. Assevera, a doutrinadora, que seria uma incongruência exigir a atuação do Ministério Público nas ações judiciais, que são conduzidas pelo Poder Judiciário, e não fazê-lo em sede de conciliação extrajudicial, oportunidade em que não há o controle judicial.¹⁵⁹

Parece, esta segunda opinião, mais adequada à tutela coletiva e mais segura para o próprio agente público compromissário do TAC. Afinal, com a intervenção do Ministério Público, qualquer divergência que só seria questionada pelo *Parquet* após a assinatura do Termo (depois de dada publicidade ao instrumento) pode ser desde logo posta em discussão e resolvida. Evitam-se, com isso, posteriores alegações por parte do Órgão Ministerial, que poderiam ensejar a instabilidade do Ajustamento, retirando desse a garantia de uma verdadeira alternativa à jurisdição.

De se ressaltar, porém, a necessidade de que o membro do Ministério Público interfira de modo positivo na celebração, com a construção de uma parceria entre os legitimados, e não a fim de burocratizar a assinatura do TAC. As interferências e negativas só se justificam caso o

¹⁵⁶ ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. O Ministério Público na encruzilhada: MP parceiro entre sociedade e Estado ou adversário implacável da governabilidade? **Congresso em Foco**. 04 abril 2013. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/o-ministerio-publico-na-encruzilhada-%E2%80%93-1%C2%AA-parte/>>. Acesso em 06 dez. 2013.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 220.

¹⁵⁹ *Ibidem*. p. 194/195.

Parquet constate que o Termo proposto não abarca todas as condições adequadas ao caso concreto. Fora disso, perde a razão e não merece cabimento a intervenção.

Ou seja, deve, o Ministério Público, ser mais um agente a garantir a tutela dos direitos e interesses coletivos, e não um empecilho à celebração de Compromissos de Ajustamentos de Condutas adequados e benéficos à coletividade. Afinal, a interferência, para coadunar-se com a Constituição Federal, deve ser no sentido de proteger os interesses e difusos e coletivos em jogo, e não para, com suposta autorização legislativa, obstaculizar a sua efetivação.

Superadas, com isso, as questões levantadas no início do presente item, e encerradas, por ora, as reflexões propostas como objetivo deste trabalho, nota-se que inúmeras são as divergências e os desafios que emanam do tema em apreciação.

Os diferentes pontos de vista e a necessidade de amoldamentos na lei e no próprio modo de pensar o direito não podem ser vistos, todavia, como obstáculos. Pelo contrário. Como bem sustenta José dos Santos Carvalho Filho, “as divergências, aliás, são salutares e próprias do direito, e através da dialética das ideias procura alcançar-se o degrau mais consentâneo com as verdades jurídicas”¹⁶⁰.

¹⁶⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Prefácio. In: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CONCLUSÃO

O direito no momento e espaço em que se encontra exige uma nova roupagem, mais flexível e maleável às diferentes situações concretas que surgem com o transcorrer dos dias. Para fazer sentido à população a que destina suas regras precisa readaptar-se, reinventar-se. Mais do que iluminar o caminho, deve acompanhar os passos da sociedade.

O tema abordado neste trabalho veio justamente neste sentido. Propôs-se a questionar uma vedação legal e a sua justificativa, indagando se a proibição contida no §1º do art. 17 da Lei 8.429/92 apresenta razão de ser no cenário jurídico atual. Para tanto, discutiu se necessariamente há disponibilidade de direitos, interesses e bens públicos com a assinatura de TAC em hipóteses de Improbidade Administrativa.

Antes de atingir o ponto culminante do trabalho, porém, demonstrou o grande potencial das técnicas extraprocessuais de tutela coletiva de, com rapidez, baixo custo e qualidade, contribuir para a efetividade de direitos sob a perspectiva coletiva. Não deixou de apontar, todavia, as limitações inerentes a tais técnicas.

Estudou particularmente o Compromisso de Ajustamento de Conduta previsto no art. 6º, §5º, da Lei n.º 7.347/85, apresentando sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, sua conceituação e natureza jurídica, bem como apontando seus requisitos de existência e validade e seus efeitos.

Disso, não buscou conduzir à leviana conclusão de que as técnicas extraprocessuais, sobretudo o TAC, pudessem servir sozinhas para assegurar a tão almejada efetividade dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Demonstrou, pelo contrário, os benefícios na conjugação complementar das técnicas judiciais e extrajudiciais, reconhecendo as vantagens e limitações de cada uma.

Evidenciou, com isso, que se faz mister transcender o enfoque exclusivamente adversarial e pautado no conflito, bem como superar a aposta primordial no processo judicial. Como alternativa, mostrou a possibilidade de construção de consensos de modo informal entre os órgãos legitimados e os responsáveis pelas lesões ou ameaças aos interesses ou direitos coletivos.

Inovou em debater tal possibilidade no âmbito da Improbidade Administrativa, apontando a necessidade de mudança de mentalidade no trato do tema, especialmente no que tange à suposta disponibilidade que haveria na celebração de TACs nesta esfera do direito. Afinal, o Compromisso de Ajustamento de Conduta pauta-se na própria lei, tendo o texto

legal como garantia mínima. Ademais, visa exatamente adequar às regras do ordenamento jurídico condutas que se mostram a ele incompatíveis.

Demonstrou que se faz necessário uma mudança de postura por parte de todos. Do legislador, no sentido de rever a vedação legal então discutida, possibilitando a resolução extrajudicial nos casos em que o consenso mostre-se possível e adequado. Da população, para que não enxergue a possibilidade debatida como um artifício para o descumprimento da lei, afastando a ideia de que haveria impunidade para com os agentes ímprobos.

Ainda, mudança de postura dos próprios legitimados coletivos. Isso, pois também eles precisam repensar o seu papel, deixando de serem meros provocadores da tutela jurisdicional coletiva, para passarem a protagonistas da concretização dos interesses e direitos coletivos por meio das técnicas extraprocessuais que o ordenamento jurídico lhes disponibiliza.

Quanto a esses, aliás, mostrou-se a grande responsabilidade com que devem atuar na esfera extraprocessual. Isso, pois ao tutelarem direitos coletivos o fazem sem serem seus verdadeiros titulares, o que aumenta a necessidade de assegurarem o cumprimento do estabelecido. Afinal, não possuem qualquer poder de disponibilidade sobre os direitos em jogo e não estão sob o controle do magistrado, embora se submetam a controles internos e a publicidade possibilite certo controle por parte da população e dos demais legitimados.

No que tange aos legitimados coletivos, ademais, o trabalho expôs que a legitimidade para a celebração de TAC no campo da Improbidade Administrativa exige uma legitimação dupla. Ou seja, não basta a possibilidade de firmar Compromisso ou de ajuizar Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, deve, o órgão, ter legitimidade cumulativa.

Abordou, ainda, sobre questões tumultuosas na doutrina nacional, sempre apresentando as diferentes opiniões encontradas. Exemplificativamente, a necessidade, ou não, de participação do Ministério Público na assinatura do Termo e a natureza jurídica do Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Cumprir reiterar que em momento algum se teve a pretensão de esgotar o assunto, o que seria incompatível com o aprofundamento do trabalho e com a grandeza do tema. Modestamente, destinou-se o trabalho a despertar o interesse para o assunto e apresentar elementos para a reflexão acerca da possibilidade lançada em debate.

Para tanto, foi necessário optar por alguns tópicos, dentre uma infinidade de outros que poderiam ter sido abordados. Impuseram-se, com isso, diversos cortes epistemológicos, os quais, todavia, espera-se que tenham funcionado mais como motivação à busca de novos elementos para reflexão do que lacunas do texto.

Desta forma, concluiu-se que negar de forma indistinta aos grupos potencialmente atingidos pela norma, aos legitimados coletivos e à própria coletividade a possibilidade de participar ativa e resolutivamente na concretização de direitos também na esfera da Improbidade Administrativa afasta o direito da sociedade, tornando questionável sua legitimidade. A postura contrária, diversamente, aproxima o direito da pluralidade social e o abre para a realidade concreta, aumentando seu poder de integração social e sua própria efetividade.

Não se defendeu a ideia de que todo e qualquer ato de Improbidade Administrativa deva ser passível de resolução extrajudicial, mediante a assinatura de TAC. Obviamente reconhece-se a relevância da via judicial para tanto, e não se nega o absurdo que seria resolver diversas situações mediante assinatura de TAC.

O que se questionou foi o porquê de não se possibilitar a análise do instrumento que se mostre mais viável à adequada solução do caso concreto. Ou seja, por que a indistinta negativa legal e da doutrina tradicional à possibilidade de, por meio de TAC, de forma mais célere, participativa e menos onerosa, alcançar-se o mesmo que seria alcançado em uma longa, formal e cara Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa.

Parece que não há motivos, atualmente, para desacreditar na qualidade da resolutividade extraprocessual. Afinal, havendo consenso, órgãos devidamente legitimados, controle interno (e por meio da publicização do Termo), e, ainda, possibilidade de posterior execução judicial caso não haja o devido cumprimento, não se mostra razoável o argumento da insegurança ou maior possibilidade de encobrimento de condutas ilícitas.

O ponto essencial que precisa ser (re)analisado, portanto, é o que se entende por valorização do interesse público, e, através disso, o que, de fato, se mostra mais adequado e eficaz para cada situação individualmente analisada. Sem com que haja a incidência de uma norma fria e geral para as infinitas situações que nascem, renascem e transmudam-se diariamente.

REFERÊNCIAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

ALEXANDRINO, MARCELO; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos Esquemático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. O Ministério Público na encruzilhada: MP parceiro entre sociedade e Estado ou adversário implacável da governabilidade? **Congresso em Foco**. 04 abril 2013. Disponível em: < <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/o-ministerio-publico-na-encruzilhada-%E2%80%93-1%C2%AA-parte/>>. Acesso em 06 dez. 2013.

BRASIL, Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 24 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em 2 out. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 07 mai. 2013. Acesso em: 5 out. 2013.

BRASIL. Decreto n. 94.664, de 23 de julho de 1987. Aprova o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos de que trata a Lei n.º 7.596, de 10 de abril de 1987. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 23 jul. 1987. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D94664.htm>. Acesso em 1º dez. 2013.

BRASIL. Decreto-Lei 2,848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 22 nov. 2013.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em 5 out. 2013.

BRASIL. Lei 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. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 2 jun. 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm> Acesso em 5 out. 2013.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 5 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que negou a possibilidade de acordo em hipótese de improbidade administrativa**. RECURSO ESPECIAL Nº 1.217.554 - SP (2010/0184748-6). Ministério Público do Estado de São Paulo e Agostinho Antônio Pagotto. Relatora Ministra Eliana Calmon. 15 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24048262/recurso-especial-resp-1217554-sp-2010-0184748-6-stj>>. Acesso em 21 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Decisão pela possibilidade de transação de direitos e interesses difusos**. Recurso Especial n.º 299.400 - RJ (2001/0003094-7). Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Município de Volta Redonda. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. 1º de junho de 2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7148746/recurso-especial-resp-299400-rj-2001-0003094-7/inteiro-teor-12866938>>. Acesso em 21 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Decisão pela relativização do princípio da indisponibilidade dos bens públicos**. Recurso Extraordinário n.º 253-885-0/MG. Município de Santa Rita do Sapucaí e Lázara Rodrigues Leite e Outras. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 04 de junho de 2002. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/781176/DLFE-46965.pdf/Revista56PoderJudiciario_pg_487_a_491.pdf>. Acesso em 21 nov. 2013.

CAPELLI, Silvia (Coord). **Compromisso de ajustamento ambiental**: análise e sugestões para aprimoramento. São Paulo: Instituto O Direito por Um Planeta Verde, [sd].

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (Brasil). Resolução n. 87, de 6 de abril de 2010. Regulamenta, no âmbito do Ministério Público Federal, a instauração e tramitação do Inquérito Civil (art. 6º, VII, da Lei Complementar nº 75/93 e art. 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85). Diário de Justiça, 9 jun. 2010, p. 2. Disponível em: <http://csmfp.pgr.mpf.br/documentos-e-publicacoes/resolucoes/resol_87_%20ago_2006.pdf>. Acesso em 1º dez. 2013.

CUNHA, Marcio Felipe Lacombe da. Termo de Ajustamento de Conduta e a possibilidade de conciliação na seara da Improbidade Administrativa. **Revista da AGU**. Ano IX, n. 26, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=332282&ID_SITE=>>. Acesso em 25 nov. 2013.

FARIAS, Bianca Oliveira de. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na lei de improbidade administrativa e no projeto de lei da ação civil pública**. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/apontamentos_sobre_o_compromisso_de_ajustamento_de_conduta.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2013.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. **Revista de Direito Ambiental**, v. 41, p. 9. jan. 2006. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf>>. Acesso em 13 out. 2013.

MORAIS, Raquel. Quatro professores fazem acordo para devolver R\$ 1,2 milhão à UnB. **G1 Distrito Federal**, 8 mai. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2013/05/quatro-professores-fazem-acordo-para-devolver-r-12-milhao-unb.html>>. Acesso em 1º dez. 2013.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. Considerações sobre os direitos transindividuais. **Cognitio Juris**, João Pessoa, Ano I, Número 2, agosto 2011. Disponível em <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/02/06.html>>. Acesso em 05 out. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.

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**. 2012. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/ESMP/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf>>. Acesso em 20 out. 2013.

SILVA, Frederico Rodrigues. **A relatividade da supremacia do interesse público: um estudo comparado**. RVMD, Brasília, V. 5, nº 2, p. 460-517, jul.-dez., 2011. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/3126/1937>>. Acesso em 18 nov. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed., São Paulo: Malheiros.

SOUZA, Demétrius Coelho; FONTES, Vera Cecília Gonçalves. **Compromisso de Ajustamento de Conduta**. Disponível em:

<http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-3.pdf>. Acesso em 21 nov. 2013.

ZANELATO, Marco Antonio. **Termo de Ajustamento de Conduta – TAC:** aspectos gerais e polêmicos. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/eventos/passados/2008_mpconsumidor_marcoantoniozanellato.pdf>. Acesso em 20 out. 2013.

_____. **Perguntas frequentes.** Disponível em: <<http://cidadao.mpf.mp.br/perguntas-frequentes/sobre-o-ministerio-publico>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

ANEXOS

Anexo A - Notícia de celebração de TAC em hipótese de Improbidade Administrativa na Universidade de Brasília (UnB).¹⁶¹

QUATRO PROFESSORES FAZEM ACORDO PARA DEVOLVER R\$ 1,2 MILHÃO À UnB

Quatro professores da Faculdade de Direito vão ter que devolver juntos quase R\$ 1,2 milhão à Universidade de Brasília pelo período em que, submetidos ao regime de dedicação exclusiva, acumulavam outras atividades remuneradas. Eles assinaram um termo de ajustamento de conduta junto ao Ministério Público Federal no dia 19 de abril, que investigava o caso a pedido de alunos há dois anos. A validade do acordo depende agora da homologação na 5ª Câmara de Coordenação e Revisão.

A denúncia contra Ana de Oliveira Frazão, Frederico Henrique Viegas de Lima, Othon de Azevedo Lopes – que é coordenador da graduação – e Suzana Borges Viegas de Lima ainda dizia que os professores não estariam realizando atividades de pesquisa e extensão, exigidas dos docentes. Também como parte do acordo, o Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UnB alterou o contrato dos professores, que passaram do regime de 40 horas semanais para 20 horas semanais.

O G1 procurou o reitor, o procurador-geral e os quatro professores por meio da assessoria da universidade, mas apenas um deles, que é o coordenador do curso, Othon Lopes, quis comentar o assunto. “Resolvi celebrar o TAC porque não tenho interesse, não acho que seja positivo deixar essa situação pendente”, afirmou.

¹⁶¹ MORAIS, Raquel. Quatro professores fazem acordo para devolver R\$ 1,2 milhão à UnB. **G1 Distrito Federal**, 8 mai. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2013/05/quatro-professores-fazem-acordo-para-devolver-r-12-milhao-unb.html>>. Acesso em 1º dez. 2013.

ANA DE OLIVEIRA FRAZÃO: pelo período de 20/09/2005 a 01/08/2012, apurou-se o valor de R\$ 224.686,81 (duzentos e vinte e quatro mil, seiscentos e oitenta e seis reais, e oitenta e um centavos).

FREDERICO HENRIQUE VIEGAS DE LIMA: pelo período de 28/06/1995 a 31/03/2013, apurou-se o valor de R\$ 627.040,40 (seiscentos e vinte e sete mil, quarenta reais e quarenta centavos).

OTHON DE AZEVEDO LOPES: pelo período de 11/06/2006 a 12/12/2012, apurou-se o valor de R\$ 154.442,28 (cento e cinquenta e quatro mil, quatrocentos e quarenta e dois reais e vinte e oito centavos).

SUZANA BORGES VIEGAS DE LIMA: pelo período de 28/11/2008 a 31/03/2013, apurou-se o valor de R\$ 114.275,51 (cento e quatorze mil, duzentos e setenta e cinco reais e cinquenta e um centavos).

Trecho do TAC, que mostra quanto cada professor deverá devolver à universidade (Foto: Reprodução)

“Sendo sincero, os cálculos no meu caso foram majorados”, disse. “Teve um recálculo dentro da faculdade que poderia diminuir o valor, mas eu não quis ficar entrando em minúcias, não. Queria uma solução que colocasse uma pedra no problema, ainda que fosse mais onerosa.”

Para a restituição dos valores, 30% serão descontados mensalmente do contracheque dos professores, inclusive após a aposentadoria deles, até que a dívida seja quitada. O acordo prevê ainda que se eles morrerem antes do pagamento do débito, a quantia poderá ser cobrada do espólio deles. E, se deixarem a universidade, deverão pagar os valores restantes em até seis meses, sob pena de multa de R\$ 20 mil, além da cobrança imediata da dívida.

“Eles precisam ver que o não cumprimento da obrigação deles tem uma consequência nefasta na nossa formação.”

Marcos Vinicius Queiroz, coordenador-geral do centro acadêmico de direito, condenado a pagar R\$ 154,4 mil pelo período em que advogou, entre 2006 e 2012, Lopes afirmou também que atualmente trabalha apenas na universidade. Ele disse que vai continuar na coordenação do curso e que, além das disciplinas Direito Econômico e Exame de Proficiência, vai desenvolver atividades de pesquisa e extensão.

“Só estou indo para 20 horas para não ficar submetido a constrangimentos desse tipo, para não abrir margem para um eventual novo questionamento”, disse o professor.

Responsável por acompanhar o caso no MPF, o procurador da República Bruno Calabrich afirmou que a decisão beneficia a universidade. “Foi particularmente interessante para a UnB, porque, se ajuizássemos ação contra esses professores, a tendência seria depois

de alguns anos no máximo conseguir o que conseguimos agora. Ou de no máximo conseguir condenar os professores a um pagamento simbólico de R\$ 3 mil.”



Faixa pregada na faculdade por alunos do centro acadêmico de direito (Foto: Raquel Moraes/G1)

Calabrich disse ainda que, apesar de poder caber a abertura de um processo por improbidade administrativa e eventual demissão, o TAC tem “efeito pedagógico” melhor que qualquer outra punição. Para o procurador, o acordo deixa claro que o acúmulo de atividades é irregular e resolveu a situação mais rápido do que se fossem adotadas as outras alternativas.

“Infelizmente é uma prática que eu ensejo que se repete no Brasil inteiro. Existe um pensamento extremamente equivocado de que somente [exercer outras] atividades públicas impediriam dedicação exclusiva, o que é um raciocínio equivocado. Advocacia também é uma atividade e o exercício da advocacia é incompatível com a dedicação exclusiva. É um problema que deve ser solucionado, e não só na UnB. É urgente que seja solucionado, nós temos que acabar com essa história”, afirmou o procurador.

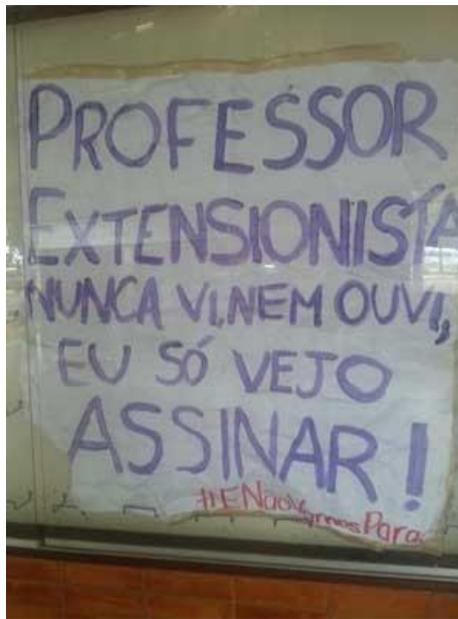
Repercussão

O diretor da Faculdade de Direito, George Galindo, disse acreditar que a devolução do dinheiro seja a solução mais adequada ao caso. Ele afirmou que os professores continuarão a exercer as mesmas atividades que tinham antes, porque a diferença entre os regimes de 20 e 40 horas semanais não é quantidade de disciplinas, mas sim a execução de projetos de pesquisa e extensão.

“O que a gente vai tentar fazer é ver a possibilidade de abrir novos concursos para receber professores que tenham perfil para essas outras áreas. Em pesquisa eu acho que a gente vem bem, nossa pós-graduação tem nota 5 na Capes, enquanto a maior nota entre cursos

de direito é 6. A gente precisa é melhorar as questões da extensão”, afirmou. “Agora, o direito precisa também desses professores que tenham vivência prática, que façam 20 horas semanais.”

Para o coordenador-geral do centro acadêmico, Marcos Vinicius Queiroz, a decisão é favorável dentro das limitações judiciais. “Diante da realidade da universidade pública brasileira, a gente acredita que é uma vitória. Não é o ideal, caberia um processo por improbidade administrativa, mas é uma solução rápida e que pesa no bolso. E eles precisam ver que o não cumprimento da obrigação deles tem uma consequência nefasta na nossa formação.”



Faixa de alunos de direito da UnB reclama da falta de atividades de extensão (Foto: Raquel Moraes/G1)

O representante do 5º semestre do curso, Guilherme Chamum, se disse satisfeito com a assinatura do TAC. “A gente quer lembrar aos professores que eles são funcionários públicos e têm obrigações a cumprir.”

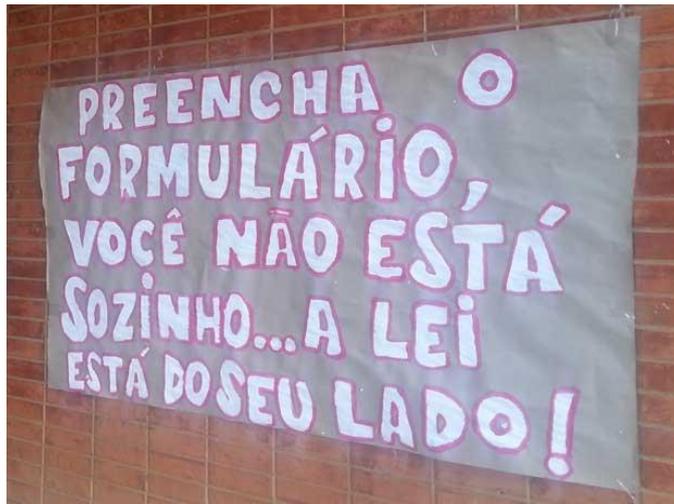
Formulário

Recentemente os alunos de direito também criaram um formulário para controlar e exigir a presença dos professores nas aulas. Quando o atraso é superior a 30 minutos, o representante da turma assina um documento na secretaria informando a falta do profissional.

Galindo afirmou ver com bons olhos a atuação dos estudantes. “Acho que é um processo de aprendizado para todo mundo. Não existe nenhuma instituição completamente

perfeita. Vejo as iniciativas deles como muito naturais e bem-vindas, porque trazem coisas para melhorar a situação acadêmica.”

Membro do centro acadêmico, Lucas Carneiro, afirmou que a ideia surgiu depois que um dos docentes faltou a 80% das atividades no último semestre. “Desde que começamos a aplicar o formulário, há mais ou menos dois meses, houve três casos de destaque”, contou o estudante. “Mas aqui, o excepcional é não ocorrer atraso. Dentro desse período de meia-hora de tolerância, por assim dizer, sempre tem.”



**Centro acadêmico estimula que alunos de direito preencham formulário que controla faltas de professores
(Foto: Raquel Moraes/G1)**

De acordo com as normas da universidade, os alunos podem ter no máximo 25% de faltas ao longo do semestre. Não há determinações em relação à presença dos professores.