



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Da Possibilidade e dos Limites de Celebrar Termo de Ajustamento de Condutas nos Atos de Improbidade Administrativa.

Vitor Figueiredo de Oliveira

Rio de Janeiro
2016

VITOR FIGUEIREDO DE OLIVEIRA

Da Possibilidade e dos Limites de Celebrar Termo de Ajustamento de Condutas nos Atos de Improbidade Administrativa.

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós- Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2016

DA POSSIBILIDADE E DOS LIMITES DE CELEBRAR TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTAS NOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Vitor Figueiredo de Oliveira

Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: é um anseio da sociedade que as ações de improbidades administrativas tenham uma maior efetividade. Uma das alternativas possíveis é a utilização de soluções consensuais nesse tipo de ação. Entretanto, é preciso considerar a vedação presente no art. 17, §1º da Lei 8.429/92. Mesmo com essa proibição de transação, é possível vislumbrar hipóteses de cabimento de instrumentos extrajudiciais como o Termo de Ajustamento de Conduta nas ações de improbidade. Nesse sentido, é fundamental analisar o cabimento e os limites materiais desse instrumento para, efetivamente, concretizar o interesse público no combate aos atos ímprobos.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Transação. Ação de Improbidade Administrativa.

Sumário: Introdução. 1. Possibilidade de Soluções Consensuais na ação de Improbidade de Administrativa. 2. O Termo de Ajustamento de Conduta nas Ações de Improbidade. 3. Limites Materiais à Celebração do Termo de Ajustamento de Conduta. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade e os limites da celebração de Termo de Ajustamento de Condutas nos atos de improbidade administrativa. É possível constatar uma morosidade excessiva do modelo judicializado das ações de improbidade de administrativa e, nesse contexto, torna-se necessário discutir caminhos para aumentar a efetividade da Lei 8.429/92, bem como, aplicar com maior celeridade as sanções aos agentes ímprobos, medida essa altamente exigida pela sociedade.

Nesse cenário, surge como opção às soluções consensuais extrajudiciais, principalmente o Termo de Ajustamento de Conduta previsto no art. 5º, §6º da Lei 7.347/1985, que pode ser aplicado, primordialmente, para coibir atos de improbidade de pequeno potencial ofensivo.

Entretanto, entendia-se que soluções conciliatórias, como o Termo de Ajustamento de Conduta, eram proibidas nas ações de improbidade administrativa. Interpretava-se extensivamente a previsão do art. 17, §1º da Lei 8.429/92 que vedava transação, conciliação e acordos nas ações dessa natureza.

Acontece que no final de 2015 foi editada a Medida Provisória nº 703/2015 que revogou o referido parágrafo. Essa inovação normativa trouxe novas luzes e fundamentos para o debate sobre a possibilidade de soluções consensuais, em especial o Termo de Ajustamento de Conduta, nas ações dessa natureza. Embora a referida medida não tenha sido convertida em lei, é possível mesmo com a proibição do art. 17, §1º sustentar algumas possibilidades de soluções consensuais.

Assim, objetiva-se discutir as possibilidades de negociação como maneira de dar efetividade ao combate de atos ímprobos. Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o princípio da indisponibilidade do interesse público seria amplo e irrestrito a ponto de justificar a proibição absoluta de soluções consensuais.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho indagando a possibilidade de sustentar soluções consensuais para implementar as sanções por improbidade administrativa. Tendo em vista a necessidade de melhorar a efetividade das ações de improbidade administrativa, é forçoso concluir pela possibilidade desse tipo de solução, mitigando a indisponibilidade absoluta do interesse público.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a existência da possibilidade de celebração do Termo de Ajustamento de Conduta. Constata-se que esse é um instrumento hábil para estabelecer sanções de maneira efetiva e célere em alguns casos, principalmente quando não envolva, especificamente, a transação do direito.

O terceiro capítulo destina-se a examinar até que ponto o legitimado para o Termo de Ajustamento de Conduta pode negociar a aplicação de sanções nos atos de improbidade. Busca-se estabelecer limites materiais para a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta, tais como, o necessário ressarcimento integral de eventual dano ao erário e a aplicação obrigatória de sanção proporcional ao ato ímprobo. É fundamental estabelecer parâmetros para que não se chancelo fraudes ou má-fé no uso desse mecanismo.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina e a jurisprudência. Isso se explica porque o trabalho tem como pretensão entender e interpretar fenômenos jurídicos para resolver a controvertida questão do Termo de Ajustamento de Condutas como forma de cominar sanções aos atos ímprobos.

1. POSSIBILIDADE DE SOLUÇÕES CONSENSUAIS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei 8.429/1992¹, ao regular as ações de improbidade administrativa, trouxe um importante instrumento para o combate dos atos ímprobos em geral e de corrupção em especial. Nela estão previstas definições e conceitos dos atos ímprobos e, principalmente, sanções para os agentes públicos que os praticam. É natural, portanto, que se exija rigidez na aplicação dessas normas.

Do mesmo modo, é inegável a presença de um forte interesse público nas ações dessa natureza. Existe um anseio legítimo da coletividade para punição desses atos. É decorrência

¹BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 26 nov. 2016

lógica, portanto, que o poder judiciário, por meio do devido processo legal, seja a fonte principal de aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92². Tais sanções, incluem desde multa até perda de direitos políticos por determinado período.

Assim, o art. 17, §1º da Lei 8.429/1992³ que veda a transação, conciliação ou acordos nas ações de improbidade administrativa é uma decorrência compreensível dessa lógica de indisponibilidade do interesse público. José dos Santos Carvalho Filho⁴, por exemplo, sustenta que dada à gravidade social dos atos de improbidade contra a Administração é impossível qualquer tipo de acordo sob pena de violação da indisponibilidade do interesse público⁵.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho⁶ também faz importante ressalva sobre o assunto, qual seja o fundado receio de que a abertura da via consensual gere efeitos maléficos como a tredestinação dos atos conciliatórios abrindo-se uma nova possibilidade de praticar atos de improbidade.

Acontece que no final de 2015 foi editada a Medida Provisória nº 703/2015⁷ que revogou o referido art. 17, §1º da Lei 8.429/92⁸. Essa inovação normativa trouxe novas luzes para o debate sobre a possibilidade de soluções consensuais nas ações de improbidade administrativa.

Entretanto, tal medida não foi convertida em Lei e perdeu sua validade em 31/05/2016.

Acontece que dada à importância do tema é possível conciliar a referida proibição legal de

² BRASIL. Vide nota 1.

³ BRASIL. Vide nota 1.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Ministério Público e o combate à improbidade administrativa. *Temas atuais do Ministério Público*. 4. ed. Curitiba. Editora Jus Podivm, 2013.

⁵ No mesmo sentido Wallace Paiva Martins Junior, Fabio Medina Osório, Maria Goretti Dal Bosco, Geisa de Assis Rodrigues, Roberto Senise Lisboa e Marino Pazzaglini Filho negam a possibilidade de soluções consensuais dando enfoque ao argumento da indisponibilidade do interesse público.

⁶ DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Compromisso de Ajustamento de Condutas: atualidades e perspectivas de acordo com o projeto do novo CPC. *Revista de Direitos Difusos*. V.11. N. 52. São Paulo. Dez. 2010.

⁷ BRASIL. Medida Provisória n. 703 de 18 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv703.htm> Acesso em: 26 de nov. 2016

⁸ BRASIL. Vide nota 1

transação com algumas possibilidades, excepcionais, de composição extrajudicial dos atos ímprobos, conforme será demonstrado ao longo do trabalho.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover⁹ sustenta três fundamentos para as vias conciliativas em geral: o funcional, social e político. O funcional está relacionado com a efetividade dessas vias posto que servem para desafogar o judiciário e permite uma solução mais célere da questão ventilada. O social porque atua no cerne da controvérsia e não somente naquilo que está presente nos autos. E o político porque as soluções consensuais têm uma maior participação da sociedade.

Especificamente nos atos de improbidades, é possível constatar uma morosidade excessiva do modelo judicializado das ações de improbidade de administrativa. Pesquisa publicada na Revista do Ministério Público¹⁰ concluiu que, no Estado do Rio de Janeiro:

Ora temos que os processos com sentenças transitadas em julgado representam pouco mais de 2%(dois por cento) de todos analisados junto ao TJERJ. Outrossim, é inconcebível que, das 325 (trezentos e vinte e cinco) ações propostas pelos Núcleos de Cidadania do Ministério Público do Rio de Janeiro, durante os anos de 1994 a 2011, somente 8(oito) transitaram em julgado.

Outro dado relevante é o fato de que, das 325 (trezentos e vinte e cinco) ações de Improbidade Administrativa propostas, apenas 2 (duas) vêm sendo objeto de execução sob a modalidade de cumprimento de sentença com fulcro no art. 475-J do CPC.

A solução de consenso desobstruiria os tribunais, bem como, serviria para solucionar uma exigência da sociedade, qual seja, que os atos de improbidades tenham uma resposta rápida por parte do poder público com efetiva sanção daqueles que atentaram contra a probidade administrativa.

Ademais, conforme lembra Bruno Takahashi¹¹, o interesse público é conceito jurídico indeterminado, ou seja, pode possuir diferentes significados de acordo com a época e as

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrinini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*. Vol.2. n. 5. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, abr. 2008. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.Br]. Acesso em: 18 abr. 2016.

¹⁰ CARPENA, Heloisa(Org.). A efetividade das ações de improbidade administrativa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, nº55, p. 203-225, jan. 2015.

circunstancias devendo sempre se guiar pelo interesse da coletividade. Continua o autor dando o exemplo de que: “a coletividade possui interesse em que haja ressarcimento integral do dano por parte do agente ímprobo, sendo preferível que haja um pagamento parcelado dos valores devidos que a impossibilidade de parcelamento impeça qualquer pagamento.”

Nesse sentido, o Grupo Jurídico da ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro), também chegou a essa conclusão e formulou proposta de nova Lei de Improbidade Administrativa¹² em que se previa a possibilidade da aplicação consensual de sanção no âmbito cível da improbidade em seu art. 29¹³.

Assim, fica claro que as soluções consensuais podem ser adotadas nas ações de improbidade administrativa, inclusive para resguardar o próprio interesse público.

Entretanto, diante da falta de regulamentação e do teor do §1º do art. 17¹⁴, deve-se utilizar tais soluções como medidas excepcionais. A preocupação, no atual ordenamento jurídico, é analisar quais os instrumentos e quais atos ímprobos podem ser resolvidos pelas vias consensuais. E principalmente, quais são os limites das soluções consensuais.

Procura-se, com isso, compatibilizar a demanda legítima por maior efetividade das sanções de improbidade com a consecução do interesse público. O principal norte para essa delimitação será procurar instrumentos e limites para que as soluções consensuais não sejam

¹¹ TAKASHI, Bruno. A solução consensual de controvérsias e o art. 17,§1º, da lei de Improbidade Administrativa. *Revistas dos Tribunais*, n. 927, 2013. p. 36

¹² BRASIL. Projeto de lei no Senado Federal nº 543 de 2013. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115898>. Acesso em: 18 abr. 2016.

¹³ Art. 29. Será facultada a celebração de acordo, pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica de direito público interessada, a juízo do respectivo órgão, desde que sejam observadas as seguintes condições cumulativas:

I – fique assegurada a efetiva e integral reparação do dano quando verificada essa circunstância;

II – o requerido aceite se submeter a pelo menos uma das demais sanções previstas nos arts. 13 e 14, reduzindo, conforme o caso, as penas até um terço;

III – as características pessoais do requerido e as circunstâncias do ato ímprobo indiquem que a solução adotada é suficiente para a prevenção e repressão da improbidade administrativa; e

IV – não tenha o requerido sido beneficiado pelo mesmo instituto nos últimos cinco anos.

(...)

¹⁴ BRASIL. Vide nota 1

utilizadas como porta aberta para consecução de novas fraudes e para não violar a proibição legal de transação.

2. O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Nesse aspecto, vislumbra-se que há alguma margem que permita soluções de consenso mesmo com a vigência do art. 17,§1¹⁵ da Lei de improbidade. Assim, sustenta-se ser possível a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, previsto no art. 5º,§6º da Lei 7.347/1985¹⁶.

O referido artigo estabelece que os legitimados para ingressar com a ação civil pública “[...] poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações que terá eficácia de título extrajudicial”. Ou seja, o instituto poderá ser utilizado tanto pelo Ministério Público quanto pelo ente público lesado pelo ato de improbidade.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁷ conceitua esse instrumento como um “ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais”. Ou seja, o compromisso de ajustamento de conduta serve para prever uma obrigação de fazer ou não fazer.

¹⁵ BRASIL. Vide nota 1

¹⁶ BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm>. Acesso em: 26 nov. 2016

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por artigo*, 7. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 4.

Tanto é assim que tais compromissos podem até conter obrigações pecuniárias, mas dado os contornos que a lei lhes deu, não devem ser estas o objeto principal do compromisso, mas sim ter caráter de sanção em caso de descumprimento da obrigação.

Outra peculiaridade importante desse instituto é que, em caso de descumprimento, pode ser utilizado como título executivo extrajudicial. Essa característica é importante porque o legitimado já irá dispor de um instrumento mais célere para resguardar seu direito, qual seja, a execução de título extrajudicial.

Quanto à natureza jurídica do referido instrumento Hugo Nigro Mazzilli¹⁸ sustenta que o termo de ajustamento de condutas não tem natureza de transação, mas sim de ato administrativo negocial, ou seja, um negócio jurídico de Direito Público. Nesse sentido, é um ato de vontade do Poder Público que coincide com o interesse do particular.

Do mesmo modo, José dos Santos Carvalho Filho¹⁹ entende que “a natureza jurídica do instituto é, pois, a de ato jurídico unilateral quanto à manifestação volitiva, e bilateral somente quanto à formalização, eis que nele intervêm o órgão público e o promitente.”

Por esse motivo, o referido instrumento não está incluindo na proibição do §1º do art. 17²⁰ já que os termos “transação”, “conciliação” e “acordo” remetem a concessões recíprocas entre o particular e o Poder Público. Na verdade, seria contrária a natureza do Termo de Ajustamento de Conduta essas concessões recíprocas já que a titularidade do direito não coincide com a legitimidade para firmar o ajuste.

¹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução e Fragilidades – Atuação do Ministério Público. *Revista Jurídica*, nº342, 2006, p. 22.

¹⁹ CARVALHO FILHO, op.cit., p. 4.

²⁰ BRASIL. Vide nota 1.

Nesse sentido, a solução consensual, pela via do Termo de Ajustamento de Conduta, não conduz, efetivamente, a uma renúncia de parcela do direito, tratando-se, na verdade, de um reforço do próprio direito.

Vale notar que a proposta de Termo de Ajustamento de Conduta é excepcional não podendo atingir violações graves da probidade administrativa. É desproporcional imaginar eventual compromisso nos casos de um ato ímprobo já judicializado e de gravidade acentuada como o delineado no art. 9º, IX da Lei 8.429/92²¹, qual seja, receber vantagem econômica para intermediar a aplicação de verba pública.

Esse fato se torna mais evidente quando se vislumbra que, pela própria natureza extrajudicial do Termo de Ajustamento de Conduta, não é possível cominar sanções mais severas como a perda de direitos políticos, perda de função ou cargo público entre outras sanções mais severas.

Tal solução já foi aplicada com êxito em alguns casos sendo reconhecida, inclusive, pela jurisprudência.²²

Por fim, é preciso detalhar uma questão processual. O Termo de Ajustamento de Conduta é utilizado primordialmente na fase extrajudicial, em especial nos inquérito civis presididos pelo Ministério Público.

Entretanto, não há óbice à celebração do Termo de Ajustamento de Conduta após a propositura da ação, mas antes do recebimento da inicial pelo juiz. Isso se explica porque até esse

²¹ BRASIL. Vide nota 1.

²² DOS SANTOS, Eduardo Sens. *Tac em Improbidade Administrativa*. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf>. Acesso em: 26 de nov. 2016. No referido artigo, o autor narra a seguinte situação prática que demonstra a aplicabilidade do referido instituto nas ações de improbidade: “Noutro caso que passou por nossas mãos, uma vereadora em viagem a Brasília apresentou notas para ressarcimento de passagens aéreas. Todavia, descobriu-se que as passagens jamais foram custeadas pela vereadora, que havia ganhado as passagens de um parlamentar. O valor do dano era de R\$ 739,24. Propusemos TAC e foi aceito para que a vereadora devolvesse o valor do dano e pagasse mais R\$ 739,24 de multa. O CSMP homologou o arquivamento e o TAC. Tivesse sido proposta a ação de improbidade, como tantas outras do período, ainda não teriam sido julgadas e a sensação de impunidade estaria muito mais evidenciada.”

momento a relação processual não está definitivamente integrada podendo o autor até mesmo desistir da ação. Por isso, nesses casos, deve o juiz homologar tanto a desistência da ação quanto o Termo de Ajustamento de Conduta.

Vale notar ainda que essa possibilidade já foi reconhecida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme jurisprudência abaixo colecionada:

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 conseqüente extinção do processo contra as pessoas jurídicas de direito privado, com o prosseguimento do feito contra os demais agentes políticos.
(TJ/RJ. Agravo de Instrumento nº 2004.002.22949. DécimaQuinta Câmara Cível. Rel. o Des. Celso Ferreira Filho. Decisão unânime. DJERJ: 09/06/2005, p. 50-53).²³

Recebida à petição inicial da ação de improbidade administrativa não poderá mais o legitimado celebrar Termo de Ajustamento de Conduta devendo a análise de mérito ser feito pelo magistrado. Isso porque, a partir desse momento, cabe ao judiciário estabelecer as sanções aplicáveis ao caso e realizar o julgamento de mérito da demanda.

Definidos a possibilidade de celebração do Termo de Ajustamento de Conduta e as limitações processuais, resta examinar quais seriam os limites possíveis para a composição nas ações de improbidade administrativa.

3. LIMITES MATERIAIS À CELEBRAÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AI nº 2004.002.022949. Relator: Desembargador Celso Ferreira Filho. Disponível em: <
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00034507C75FDA4C341DC69882C3825E5ED9EF97C3222238&USER=> >. Acesso em: 01 nov. 2016.

Pela própria natureza do instituto e, principalmente, da indisponibilidade do interesse público, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta fica restrita a alguns casos específicos. Não se pode imaginar, por exemplo, esse instrumento sendo utilizado para cominar as graves sanções da lei de improbidade como a perda de cargo ou suspensão dos direitos políticos.

Bruno Takahashi²⁴ sustenta que: “ O que importa não é vedar pura e simplesmente a solução consensual, mas sim verificar quando ela pode existir em ações de improbidade administrativa. Como adiantado, o limite é a inexistência de concessões.”

Nesse sentido o autor vislumbra duas aplicações possíveis para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta: ajustes secundários e a tutela preventiva.

A possibilidade de se negociar ajustes secundários seria utilizada nos casos de reparação de dano e ressarcimento do erário. O legitimado não poderia transacionar sobre os valores envolvidos, concedendo “descontos”, já que os valores auferidos interessam a toda coletividade e, portanto, são irrenunciáveis.

Nesse sentido, a lei de improbidade não proíbe negociação quanto à forma e prazo do ressarcimento ou pagamento. É possível ao legitimado ampliar o prazo de pagamento concedendo, por exemplo, um parcelamento razoável dos valores.

Em contrapartida, o Termo de Ajustamento de Conduta, em caso de descumprimento, se torna título executivo extrajudicial, art. 5, §6º da lei 7.347/85²⁵, facilitando posterior execução.

Assim, a flexibilização quanto ao prazo de pagamento, muitas vezes, representa maior agilidade e celeridade nos recebimentos dos valores. Desse modo, prioriza o interesse público.

²⁴ TAKASHI, op. cit. p. 36

²⁵ BRASIL. Vide nota 16.

A outra aplicação vislumbrada é quanto à tutela preventiva já que, nesses casos, a ato de improbidade sequer ocorreu. Existe somente uma possibilidade real que ele ocorra.

Nesse sentido, é melhor evitar a ocorrência do ilícito do que buscar uma reparação posterior que pode sequer ocorrer ou ser equivalente ao prejuízo.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco²⁶ exemplificam do seguinte modo essa possibilidade:

[...] chamam também atenção para situações em que o prefeito recém empossado toma conhecimento de ilicitudes assumidas pela gestão anterior. Assim, por exemplo, o mascaramento dos contratos de compra em contratos de prestações de serviços, gerando a indevida prorrogação por até 60 meses, em afronta ao princípio da licitação pública. Da mesma forma, pode-se pensar em uma obra que foi superfaturada com base em contrato assinado antes da posse do novo prefeito, mas ainda com previsão de pagamento de parcelas futuras igualmente superfaturadas. Em ambas as situações, ainda que assuma o cargo na vigência do contrato irregular, nada impede que seja feito um ajustamento para que as lesões futuras sejam evitadas, sem prejuízo da punição do responsável pela gestão anterior.

Por não envolver nenhuma concessão do interesse público e, portanto, nenhuma transação material do direito, ambas as possibilidades de celebração de Termo de Ajustamento de Condutas (ajustes secundários e tutela preventiva) podem ser efetivamente utilizadas pelo legitimado mesmo com a vigência do art. 17, §1º da Lei 8.429/92²⁷.

Outra aplicação do Termo de Ajustamento de Conduta vislumbrada pela doutrina seria nos atos de improbidade de menor monta como aqueles delineados no art. 11 da Lei 8.429/92²⁸, ou seja, violação a princípios da administração ou aqueles que gerarem danos ao erário de pequeno valor, de forma culposa, que são apenados somente com multa. Assim, jamais se

²⁶ Garcia, Emerson; Alves, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013. p. 735-736.

²⁷ BRASIL. Vide nota 1.

²⁸ BRASIL. Vide nota 1.

aplicaria nos casos do art. 9º da Lei 8.429/92²⁹ ou quando o prejuízo ao erário fosse decorrente de ato doloso.

Vale notar ainda, que há orientação da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal reconhecendo o ato ímprobo de menor potencial ofensivo:

Enunciado nº 14: CONDUTA IMPROBA DE BAIXO POTENCIAL/PEQUENO PREJUÍZO AO ERÁRIO

Nas condutas ímprobas de baixo potencial ofensivo, em que o prejuízo erário não ultrapassa o valor de R\$ 1.000,00, o órgão ministerial poderá promover, sem mais providências, o arquivamento junto à Câmara. Nas mesmas hipóteses, se o prejuízo for superior a esse montante, mas não ultrapasse os R\$5.000,00, antes de promover o arquivamento do procedimento, o órgão ministerial expedirá à autoridade competente a recomendação cabível, visando à melhoria do serviço e ao ressarcimento amigável do dano, se for o caso.

Ora, se o Ministério Público Federal aceita uma mera recomendação nos atos ímprobos de pequeno monta com muita mais razão é possível a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta. Pode-se extrair essa previsão de uma interpretação restritiva da proibição do art. 17,§1º da Lei 8.429³⁰ frente aos princípios da economia processual e eficiência.

Argumenta-se ainda que, na esfera penal, onde também se lida com direitos indisponíveis, já existe a definição de infração de menor potencial ofensivo e que é possível à transação penal prevista no art. 60, parágrafo único da Lei 9.099/95³¹.

Desta maneira, no âmbito cível, por uma analogia seria possível aceitar a improbidade administrativa de menor potencial ofensivo. Assim, permitir-se-ia ao legitimado a celebração de uma transação com o ímprobo, com o fim de, sem a propositura de ação civil, reconhecer o cometimento de ato de improbidade e concordar com o integral ressarcimento ao erário, além de aplicação de uma ou mais sanções, dependendo da situação concreta a ser analisada pelo

²⁹ Brasil. Vide nota 1.

³⁰ BRASIL. Vide nota 1.

³¹ BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 26 nov. 2016.

legitimado lastreado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade das sanções tendo como parâmetro a jurisprudência reiterada dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, feriria o próprio princípio da eficiência a movimentação da máquina judiciária para obtenção de um ressarcimento de danos e ao pagamento de multa civil, por exemplo, quando o agente público que causou dano ao erário por culpa está disposto a se submeter às medidas.

A despeito de essa possibilidade ser rechaçada por considerável parte da doutrina no atual ordenamento jurídico, os argumentos quanto à eficiência e economia processual são bastante consistentes. Assim, reputa-se como salutar alterações legislativas, como as propostas pelo ENCCLA, para regulamentar esse instrumento e gerar maior segurança jurídica no seu uso pelos legitimados da ação civil pública.

CONCLUSÃO

A MP 703/2015 introduziu importantes mudanças na disciplina da lei de improbidade administrativa. Entretanto, com a não conversão da referida medida provisória em lei e sua consequente perda de eficácia, o art. 17,§1º, que proíbe transação e acordos nas ações de improbidades, voltou a vigorar no nosso ordenamento.

Entretanto, sustenta-se que, mesmo com a referida proibição, é possível vislumbrar, para algumas situações específicas, margem para soluções consensuais como corolário do interesse público primário que pediria, em alguns casos, uma solução extrajudicial para dar efetividade a própria lei de improbidade de forma mais célere e eficiente.

Nesse sentido, é possível identificar em situações em que não exista uma efetiva transação de direitos um importante espaço para a celebração do Termo de Ajustamento de

Conduta. Tal instrumento, caracteriza-se justamente por ser um ato negocial em que o legitimado para ação de improbidade celebra um acordo com força de título executivo extrajudicial com o agente ímprobo.

Vislumbra-se como possível a utilização desse expediente nos casos de ajustes secundários quanto ao pagamento de valores do ressarcimento ao dano erário, ou seja, pode prever parcelamento e formas de adimplemento no Termo de Ajustamento. Ademais, existe a possibilidade de utilizar o referido instrumento como forma de tutela preventiva do dano visando que o ato ímprobo sequer ocorra.

Por fim, embora haja um receio da doutrina pátria com soluções consensuais nos atos de improbidade administrativa, é necessário ampliar o debate sobre novas possibilidades de utilização dessas técnicas, visando, justamente, dar maior efetividade a Lei 8.429/92.

Por isso, reputa-se como salutar a defesa da existência do ato de improbidade de pequeno menor monta onde o Ministério Público teria uma maior margem para celebração de Termo de Ajustamento de Conduta. Tal medida, a semelhança do ocorrido no processo penal, traria importantes consequências práticas no combate à improbidade administrativa permitindo soluções mais ágeis e efetivas aos pequenos atos ímprobos.

REFERÊNCIA

BRASIL. Lei n. 8.429/1992, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 21 março de 2016.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rodrigo Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

LOBO FILHO, Fernando Rissoli. *O compromisso de ajustamento de conduta como mecanismo de consenso em matéria de improbidade administrativa*. Fórum Administrativo. n. 174, v. 15, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *O inquérito civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PAVAN, Dorival Renato. *O art. 17 da lei nº 8429/92 e os principais aspectos processuais da ação de improbidade administrativa*. Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8429/92.

PEDRA, Anderson Sant'anna. *A lei da improbidade administrativa e o princípio da proporcionalidade*. Interesse Público. N. 34, 2005.

DOS SANTOS, Eduardo Sens. *TAC em Improbidade Administrativa*. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-n-03-2012/Artigos/Eduardo-Sens-dos-Santos.pdf> Acesso em: 22 de março de 2016.

TAKASHI, Bruno. *A solução consensual de controvérsias e o art. 17, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa*. Revistas dos Tribunais, n. 927, 2013.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. *O ato de improbidade administrativa de pequeno potencial ofensivo e o compromisso de ajustamento*. Fórum Administrativo. n. 30, v. 3, 2003.