

# Consensualidade na improbidade administrativa: por que não?

Gláucia Rodrigues T. de Oliveira Mello\*

## Sumário

1. Introdução. 2. TAC: conceito e natureza. 3. Do princípio da obrigatoriedade e a indisponibilidade da atuação do Ministério Público. 4. Releitura do princípio da indisponibilidade do interesse público. 5. O princípio da consensualidade e o Ministério Público. 6. Princípio da eficiência, dever de resultados e Ministério Público resolutivo. 7. Dosimetria das sanções em improbidade administrativa. 8. Discricionariedade (ou grau de vinculação à juridicidade) e controlabilidade. 9. O problema da ausência de regulamentação legal. 10. Conclusão. Referências.

## 1. Introdução

Questão que a cada dia mais desperta interesse é a possibilidade de celebrar-se ajustamento de conduta em sede de ação de improbidade administrativa. A questão é ainda hoje intensamente controvertida, mormente diante da expressa vedação contida no art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/92. A razão de tal vedação reside no fato de ser *indisponível* o direito material tutelado na ação de improbidade administrativa, de modo que não caberia ao legitimado ativo, que não é titular do direito defendido em juízo, dele dispor.

Mesmo entre aqueles que entendem pela impossibilidade da transação na ação de improbidade, sempre se admitiu a transação quanto à *forma, ao modo e aos prazos* acerca de como se dará a reparação dos danos causados ao patrimônio público e à perda dos valores obtidos ilicitamente. Nesses casos, entende-se que não haverá transação quanto ao direito material em si, mas tão somente no que se refere à forma do seu exercício<sup>1</sup>.

Todavia, se é certo que existe ainda dispositivo contendo tal proibição expressa, não é menos verdade que diplomas legais mais recentes pavimentem o caminho no sentido de ser admitida a consensualidade em matéria de direitos transindividuais indisponíveis.

---

\* Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. Pós-Graduação em Direito Público e em Direito Civil e Processual Civil pela UNESA. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>1</sup> “Não vedou o legislador, no entanto, que se acordasse quanto às condições, ao prazo e ao modo de reparação do dano causado ao erário ou mesmo quanto à perda da vantagem ilicitamente obtida pelo agente (arts. 9º e 18 da Lei nº 9429/92), inclinando-se por tal solução a melhor orientação doutrinária. Quanto a tais aspectos, como soa evidente, têm-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.” (GARCIA Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8ª ed. Ed. Saraiva. 2015. p.866.)

A entrada em vigor da Lei nº 13.140/2015 – Lei de Mediação – e da Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção – reacendeu o debate – até então adormecido pela peremptória proscrição legislativa – acerca dos acordos em matéria de improbidade administrativa.

Por força do art. 36, §4º, da Lei de Mediação, parte da doutrina passou a sustentar a revogação implícita do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/92. De acordo com o mencionado dispositivo: “as hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.”

De outra parte, o art. 3º da mesma Lei de Mediação passou a admitir a mediação com relação a direitos indisponíveis, mas que admitam transação. Apesar da obscuridade do que seriam os tais direitos indisponíveis que admitem transação, o diploma abre uma janela normativa para a possibilidade de transação em matéria de direitos indisponíveis<sup>2</sup>.

Ademais, se a “*plea bargaining*” vem paulatinamente sendo admitida até mesmo na esfera penal – considerada a *ultima ratio* –, vide o acordo de não persecução penal, previsto no art. 18 da Resolução CNMP 181/2017, com redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018 e a Lei nº 12.850/2013, razão não haveria para que não fosse admitida na esfera da improbidade administrativa<sup>3</sup>.

De outra parte, o acordo de leniência encontra-se hoje expressamente previsto no art. 16 da Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção –, o que reforça ainda mais a tese quanto ao cabimento na seara da improbidade<sup>4</sup>. Com efeito, assim como a Lei de Improbidade, a Lei Anticorrupção visa a tutelar a probidade e a moralidade na esfera administrativa, buscando punir os agentes que de alguma forma malversem ou espoliem a coisa pública<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> “Em que pese o ainda obscuro significado a que a expressão remete, a nova previsão legislativa pode ser considerada um importante marco na busca pela maior adequação dos procedimentos resolutórios no Brasil, apta a influenciar uma gradativa relativização da nebulosa e paternalista concepção que tem marcado o debate a respeito da inegociabilidade e da exclusividade da solução adjudicatória referentemente aos conflitos de direitos indisponíveis no país.” (VENTURINI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? In: *Revista de Processo* – REPRO. vol. 251, janeiro de 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.251.16.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.16.PDF))

<sup>3</sup> “A proibição de negociação na lei de improbidade administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal. Não havia sido admitida na improbidade em razão do princípio da obrigatoriedade para o MP e da visão de que a tutela do interesse público era absolutamente indisponível, não admitia graus de tutela. Se agora é possível negociar as consequências penais, mesmo nas infrações graves, não haveria razão para não ser possível negociar as sanções de improbidade.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. 12ª ed. Editora Juspodivm, 2018. p.350)

<sup>4</sup> “A Lei nº 12.846/2013, chamada Lei Anticorrupção, embora com âmbito de aplicação distinto (art. 30 da Lei nº 12846/2013), compõe com a Lei de Improbidade Administrativa um microsistema legal de compare a atos lesivos à Administração. [...] A interseção entre as leis permite que se entenda cabível o acordo de leniência como negócio atípico em processo de improbidade administrativa.” (DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. 12ª ed. Editora Juspodivm, 2018. p.350)

<sup>5</sup> “A toda evidência, o âmbito de aplicação da Lei nº 12.846/13 tem interseção com o da Lei nº 8429/92. A correção dos atos de improbidade decorrentes de corrupção denota, ainda uma vez, a clara opção

Podemos lembrar ainda do art. 86 da Lei nº 12.529/13 – Lei do CADE –, que permite a celebração de acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável em caso de infração à ordem econômica.

Em reforço argumentativo, traz-se à baila o Novo Código de Processo Civil, diploma que veio imbuído do espírito conciliatório, buscando a todo tempo estimular a solução consensual dos conflitos. Neste ponto, entre tantos, menciono o art. 3º, §3º, do NCPC, segundo o qual a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Neste emaranhado de normas, salutar ainda é o registro à nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), também chamada Lei da Segurança para a Inovação Pública, a qual trouxe novos balizamentos que prometem acirrar ainda mais o debate. Entre os noveis dispositivos, relevam de destaque os artigos 26 e 27 da Lei, os quais contêm uma autorização genérica para a celebração de compromissos de ajustamento de conduta e acordos substitutivos.

Mencione-se, por fim, que a vedação à transação, ao acordo ou à conciliação da Lei de Improbidade Administrativa foi momentaneamente revogada em dezembro de 2015, através da Medida Provisória 705/2015. Todavia, a mencionada MP perdeu sua vigência sem que tenha sido convertida em lei, de modo que voltou a vigorar o texto original que consagra a proibição.

Salutar ainda a menção ao art. 23 da Lei de Improbidade, o qual estabelece os prazos prescricionais para a persecução das sanções de improbidade. A pretensão de aplicação das sanções de improbidade prescreve no prazo de cinco anos a contar do término do vínculo, para o caso de agentes públicos com vínculos temporários. No caso de agentes públicos com vínculos efetivos, o prazo deverá ser aquilo aplicável na legislação específica do ente para a prescrição das infrações puníveis com demissão a bem do serviço público.

A medida de ressarcimento, a qual sempre se entendeu imprescritível, por força da literalidade do art. 37, §5º, da Constituição, sofreu forte relativização no julgamento do RE 852.475. De acordo com o entendimento firmado, são imprescritíveis apenas as ações de ressarcimento decorrentes de atos dolosos de improbidade administrativa<sup>6</sup>.

Dessa forma, é cada vez mais premente a necessidade de encontrarmos meios extraprocessuais mais eficazes para a constatação do ato de improbidade e aplicação das correlatas sanções, a fim de evitar-se o total perecimento do direito sem que haja qualquer resposta estatal.

Posto o arcabouço da celeuma, passamos a enfrentar o tema.

---

do legislador brasileiro por permitir acordos em matéria de improbidade.” (CABRAL, Antônio Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. *In: Repercussões do Novo CPC no Processo Coletivo*. vol. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p.325)

<sup>6</sup> O Tribunal fixou a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

## 2. TAC: conceito e natureza

Primeiramente, temos que analisar a problemática concernente à natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta. Com efeito, há certa controvérsia na doutrina acerca da natureza jurídica do instituto. Parte da doutrina entende tratar-se de transação, tendo em vista a natureza consensual e bilateral.

Mazzilli, criticando o entendimento, destaca que o ajustamento de conduta não é um contrato, uma vez que os interesses tutelados não possuem conotação patrimonial, bem como pelo fato de que o legitimado extraordinário não é o titular do direito. Prosseguindo, entende o autor que o compromisso de ajustamento de conduta consiste, em verdade, em *ato administrativo negocial*, uma vez que somente o causador do dano se compromete, sendo certo que o Ministério Público, apenas implicitamente, compromete-se a não ajuizar a competente ação<sup>7</sup>.

O art. 40 da Res. GPGJ 2.227/2018 do MPRJ e o art. 1º da Res. CNMP 179/2017 (com redações idênticas), ao disporem sobre o Compromisso de Ajustamento de Conduta, pacificando a controvérsia, assentam desde logo a sua natureza de *negócio jurídico*.

Além disso, estabelece que o órgão ministerial não pode fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses tutelados, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados:

Art. 1º. O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de *negócio jurídico* que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

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

<sup>7</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p.467/468.

Portanto, as resoluções posicionaram-se expressamente quanto à natureza de negócio jurídico do compromisso de ajustamento de conduta, consagrando a natureza de *negócio jurídico*.

### 3. Do princípio da obrigatoriedade e a indisponibilidade da atuação do Ministério Público

A problemática da aceitação, ou não, da consensualidade em sede de improbidade perpassa pela compreensão do princípio da obrigatoriedade. Sustentando a existência da obrigatoriedade e da indisponibilidade da atuação ministerial, disserta Hugo Nigro Mazzilli que, no inquérito civil e na ação civil pública, embora tenha o membro do Ministério Público ampla liberdade funcional, sua atuação *é estreitamente regrada*, já que, identificando uma hipótese em que a lei lhe imponha a atuação, não pode abster-se do dever de agir<sup>8</sup>.

Destaca ainda o autor que a obrigatoriedade e a indisponibilidade seriam apenas mitigadas em determinadas hipóteses, ditadas pelo próprio legislador, como é o caso da transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo e do compromisso de ajustamento de conduta em matéria de interesses transindividuais.

Na mesma esteira, Rogério Pacheco Alves sustenta que também no campo da ação civil pública – a, antes, no campo do próprio inquérito civil – tem-se a adoção do princípio da obrigatoriedade, não só em razão da indisponibilidade dos interesses em jogo, mas também pelo rígido sistema de arquivamento do inquérito civil<sup>9</sup>.

Com efeito, o princípio da obrigatoriedade significa que, uma vez vislumbrada determinada hipótese de atuação, não pode o Ministério Público simplesmente deixar de atuar. No entanto, a meu ver, tal obrigatoriedade de atuação há de ser encarada corretamente. Isso porque o só fato de ter se constatado a prática de um ato de improbidade administrativa não necessariamente quer significar que o órgão ministerial tenha que perseguir o máximo do sancionamento abstratamente previsto<sup>10</sup>.

Noutros termos, percebida a ocorrência da improbidade e delineada a obrigatoriedade de atuação, cabe ao membro do Ministério Público atuar no caso.

<sup>8</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito Civil*. 5ª edição. Saraiva. p.231.

<sup>9</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p.788.

<sup>10</sup> Sobre o tema: “Muito embora os princípios da obrigatoriedade e da inegociabilidade das punições legalmente estabelecidas para os atos de improbidade administrativa sejam perfeitamente justificáveis em valores éticos, morais e jurídicos, fato é que, pragmática e paradoxalmente, de tão ótima (teoricamente) a regra depõe contra a efetividade da punição dos responsáveis e pela reparação dos prejuízos causados ao patrimônio público e à sociedade. Pela evolução do sistema de justiça brasileiro, sobretudo no que diz respeito aos mecanismos utilizados para investigação, retribuição e reparação de danos causados pela prática de atos ilícitos, tanto na esfera penal, civil e administrativa, parece cada vez mais claro não haver mais espaço para que perseverem proibições legislativas absolutas à busca de soluções consensuais que se revelem, a um só tempo, razoáveis e eficientes. Tanto mais autorizadas e aplicadas tais soluções devem ser quanto maiores o controle de todas as autoridades públicas competentes (jurisdicionais e administrativas) e a transparência pela qual sejam esclarecidas para a sociedade civil.” (VENTURINI, Elton. *Transação de Direitos Indisponíveis? In: Revista de Processo 2016 – REPRO*. vol. 251, JANEIRO de 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.251.16.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.16.PDF))



A forma como isso será feito, seja através do ajuizamento de uma ação civil pública, de um arquivamento (quando cabível) ou até mesmo da celebração de ajustamento de conduta, é coisa absolutamente diversa.

Poder-se-ia argumentar que a ausência de autorização legislativa específica impediria a mitigação do princípio da obrigatoriedade na improbidade administrativa. Todavia, conforme já demonstrado, há um amplo cabedal legislativo que ampara tal mitigação, valendo ressaltar o art. 36, §4<sup>o</sup><sup>11</sup>, da Lei de Mediação e o art 16 da Lei Anticorrupção.

Não bastasse isso, é imperioso ressaltar que há tempos a clássica noção da legalidade vem sofrendo temperamentos. Com efeito, de acordo com a moderna compreensão do direito administrativo, o princípio da legalidade evoluiu, passando atualmente a ser encarado como o princípio da juridicidade. De acordo com Gustavo Binenbojm, "*a superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade*"<sup>12</sup>. Assim, temos que o princípio da legalidade cede espaço ao princípio da juridicidade, entendido este como a vinculação da administração à lei e ao direito.

Transplantada a ideia para a atuação ministerial, podemos dizer que o Promotor de Justiça atua vinculado não somente à lei, mas ao direito como um todo, o que inclui, obviamente, os princípios e regras constitucionais. Nesta linha, os arts. 127 e 129 da Constituição, regramento legitimante da atuação ministerial, conjugados com os princípios da eficiência e da economicidade, confeririam o suporte normativo habilitador da atuação consensual do Ministério Público.

#### 4. Releitura do princípio da indisponibilidade do interesse público

Outro pressuposto que deve ser considerado é a releitura do tradicional princípio da indisponibilidade e da supremacia do interesse público. Um dos argumentos mais tradicionais para proscrever os ajustamentos de conduta em matéria de improbidade é o princípio da indisponibilidade do interesse público. Com efeito, diz-se que o interesse público tutelado não pertence ao Ministério Público, mas à coletividade, razão por que não caberia ao órgão ministerial dele dispor por meio de acordo ou transação.

Todavia, parte da doutrina vem questionando o dogma da indisponibilidade. Neste sentido, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. destacam que "o processo coletivo vem contaminado pela ideia de indisponibilidade do interesse público. Esta indisponibilidade não é, contudo, integral; há uma obrigatoriedade temperada com a conveniência e oportunidade"<sup>13</sup>. Imbuídos deste espírito, não enxergamos óbice à consensualidade.

<sup>11</sup> §4<sup>o</sup> Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida *em ação de improbidade administrativa* ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a *conciliação* de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

<sup>12</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 142.

<sup>13</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 9<sup>a</sup> ed. 2014. p. 109-110.

É preciso ter em mente que a aplicação de sanções não é um fim em si mesma, mas instrumento de desestímulo geral e individual ao cometimento de atos ímprobos. Dessa forma, acaso a finalidade de desestímulo seja satisfeita com a aplicação de uma ou algumas sanções apenas, parece certo que o interesse público restou adequadamente tutelado.

Com efeito, a indisponibilidade do interesse público não quer dizer que não possa o legitimado *modular a sua estratégia de atuação* em prol da concretização de tal interesse. Noutros termos, sem descuidar do princípio da indisponibilidade do interesse público, nada impede que o agente ministerial celebre ajustamento de conduta (ainda que abrindo mão de uma ou outra sanção), desde que tal decisão esteja voltada, em última análise, à consecução do interesse público.

Quer dizer, analisadas as variáveis postas no caso concreto, por vezes, poderá ser mais interessante ao atendimento da finalidade pública a celebração de uma transação com o investigado. Conforme será demonstrado, a celebração de acordos substitutivos é manifestação da consensualidade, possibilitando uma maior efetividade e resolutividade na implementação do acordado, dada a adesão voluntária da contraparte, propiciando uma maior celeridade e redução dos custos administrativos e judiciais.

Dito de outro modo, é plenamente consentâneo com o interesse público a aplicação imediata de uma ou algumas das sanções de improbidade, associada ao eventual ressarcimento, em prol de evitar-se uma prescrição ou até mesmo a tramitação de uma ação judicial por mais de década. Neste caso, apesar de estar-se “abrindo mão” de uma ou algumas das sanções de improbidade, isso não quer significar que estejamos diante de uma ilegítima disposição do interesse público. Em verdade, trata-se de uma *escolha estratégica* quanto à forma de melhor realizar o interesse público.

Discorrendo sobre o tema, Floriano Azevedo Marques demonstra que a supremacia do interesse público (e, obviamente, seu corolário da indisponibilidade) não pode servir de óbice à celebração de acordos substitutivos, veja-se:

A segunda ordem de questionamentos que se esvaem com tal permissivo diz com o antigo (e em vias de superação) entendimento de acordo com o qual a chamada “supremacia do interesse público” interditaria a disponibilidade do procedimento administrativo sancionador e do valor da multa dele decorrente. Tal entendimento não nos parece o melhor. Para além de o chamado princípio da supremacia do interesse público (na qualidade um valor metodológico) não ter previsão normativa nem acolhimento pela maior parte da doutrina, tal adágio seria antípoda à própria legislação vigente, que autoriza a celebração de pactos negociais envolvendo o poder público. Some-se isso ao fato de que, no âmbito de uma função de polícia no Estado Democrático de Direito, a sanção deve ser a *ultima ratio*. O simples ato de punir não está inserido como prioridade nas pautas administrativas. Na verdade, neste particular, a sanção só

será legítima se for o instrumento mais adequado para equilibrar os interesses enredados em determinada situação concreta. (MARQUES, Floriano Azevedo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opinio-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos>)

Vale lembrar que o princípio da indisponibilidade do interesse público decorre, de certa maneira, do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Mais recentemente, todavia, parte da doutrina vem se rebelando contra a tradicional perspectiva do referido princípio. Argumenta-se que não há uma supremacia abstrata e *prima facie* do interesse público sobre o privado, bem como que eventual conflito entre os interesses deve se resolver com a ponderação, já que não há hierarquia entre normas constitucionais. Dessa forma, não seria mais possível defender o princípio da *supremacia do interesse público*, que parte da existência de uma *hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e privados*.

Ainda de acordo com o entendimento, jamais haveria um verdadeiro conflito entre o interesse público e o interesse privado, já que a promoção do interesse público significa, em última análise, a promoção de interesses privados. Dessa forma, a contraposição entre interesses públicos e privados seria artificiosa. Assim, ao invés de estabelecermos uma preferência *a priori* ao interesse público, nos casos em que não houver ponderação constitucional ou legislativa prévia, caberá ao administrador realizar uma ponderação de interesses no caso concreto, a fim de realizar na máxima medida cada um dos interesses em jogo<sup>14</sup>.

Destarte, a releitura operada no princípio da supremacia do interesse público, da forma como exposta, obviamente espalha efeitos sobre o seu princípio corolário da indisponibilidade do interesse público, que não mais deve ser encarado sob a ótica da absolutização. Nessa linha, salutar que admitamos a sua relativização, em prol da promoção de outros interesses igualmente constitucionais, como a celeridade, eficiência, segurança jurídica, entre outros.

Obviamente, a decisão do Promotor de Justiça quanto à celebração do ajustamento de conduta deverá ser *motivada*<sup>15</sup>, assim como devem ser todas as manifestações ministeriais, bem como pautada por um juízo de ponderação proporcional<sup>16</sup>. Quer dizer,

<sup>14</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.105.

<sup>15</sup> Discorrendo sobre os acordos substitutivos no direito administrativo sancionador, Binenbojm pontua que: "A opção pela celebração do acordo em detrimento da pura e simples aplicação da sanção deve ser devidamente motivada, com a demonstração cabal de suas vantagens comparativas". (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, ordenação, regulação*. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Ed. Fórum. p.106)

<sup>16</sup> "É preciso compreender que muito embora os direitos indisponíveis, em regra, não comportem alienação (e, portanto, transação), não se pode afastar aprioristicamente a possibilidade de, por via de um juízo de ponderação a respeito de proporcionalidade e de razoabilidade, admitir processos de negociação nos conflitos a seu respeito, na medida em que isto se revele, concretamente, mais vantajoso à sua própria proteção ou concretização." (VENTURINI, Elton. *Transação de Direitos Indisponíveis? In: Revista de Processo 2016 - REPRO*. vol. 251, janeiro de 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bof\\_2006/RPro\\_n.251.16.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bof_2006/RPro_n.251.16.PDF))



uma vez divisada situação em tese passível de ensejar um ajustamento de conduta, deve o promotor analisar se o negócio jurídico a ser celebrado é *adequado* à finalidade pretendida, no sentido de tutelar adequadamente o interesse público violado.

Em segundo lugar, deve aferir se a medida é necessária, no sentido de tratar-se de medida menos gravosa/restritiva ao direito promovido. Quer dizer, deve ser analisado se há meio menos gravoso ao interesse tutelado de se alcançar, *da mesma forma*, o mesmo objetivo. Neste ponto, há de ser considerado que, apesar de a não celebração do ajuste implicar tese em menores restrições ao interesse tutelado, uma vez que não são feitas concessões quanto às sanções da improbidade, o interesse público não será tutelado com a mesma presteza e celeridade. Dessa forma, o que deve ser aqui analisado é se há forma menos restritiva ao interesse público de se alcançar o mesmo objetivo, com a mesma celeridade e efetividade. Em havendo, obviamente, a celebração do ajuste não será justificável.

Por fim, deve ser verificada a proporcionalidade em sentido estrito entre o interesse promovido e o interesse sacrificado. Aqui, deve ser aferida a relação custo-benefício da celebração do negócio, ou seja, se a concretização do interesse tutelado suplanta as restrições que lhe foram impostas. Em caso positivo, entende-se que a medida será proporcional.

Nessa linha, entendemos que o princípio da indisponibilidade do interesse público, desdobramento do princípio da supremacia do interesse público, não pode ser erigido a óbice à consensualidade em matéria de improbidade administrativa.

## 5. O princípio da consensualidade e o Ministério Público

Outra mola mestra que deve pautar o raciocínio acerca do cabimento da transação em sede de improbidade administrativa é o princípio da consensualidade administrativa. Trata-se de princípio que prega a abertura ao diálogo entre administração e administrados, despindo-se o poder público da ínsita impositividade de suas posturas, em prol de uma mais célere e eficiente resolução da celeuma posta.

Trata-se de tendência que busca a utilização de meios alternativos de tomada de decisão, a fim de atingir, de modo mais rápido, mais barato e mais eficaz, a solução definitiva para o conflito. A ideia por detrás do princípio é que as soluções negociadas em geral são de mais fácil aceitação e implementação. Isso porque, se as próprias partes participaram da tomada de decisão, construindo um consenso, elas mesmas, ao longo do processo, aceitam a escolha como um veredito legítimo.

Neste aspecto, a consensualidade colabora para reduzir os custos de implementação da decisão. Com efeito, as decisões tomadas de forma verticalizada e sem debate, no mais das vezes, são resistidas por seus destinatários, que não necessariamente com elas concordam. Dessa forma, ao trazer os próprios destinatários ao debate, incorporando as ideias trazidas pelos administrados ao processo decisório, a implementação se mostra voluntária e, conseqüentemente, reduzem-se os custos e incrementa-se a eficiência.

Apesar de o princípio ser tradicionalmente aplicado às relações entre Administração e administrados, parece claro que a tônica da consensualidade pode ser transportada para a seara da transação na improbidade. Destarte, é certo que o agente ímprobo, quando chamado à mesa de negociação, terá a chance de expor seus argumentos e as provas de que dispõe, a fim de negociar um sancionamento mais brando.

Nesta esteira, cumpre mencionar a Res. 118/2014 CNMP, que dispôs sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, buscando estimular a adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos, controvérsias e problemas ante a evolução da cultura de participação, do diálogo e do consenso.

O agente ímprobo, ao transacionar com o *Parquet*, tem a possibilidade de livrar-se da aplicação de uma ou mais sanções da lei de improbidade, bem como transacionar sobre a *forma* de ressarcimento ao erário ou até mesmo pensar em um acordo substitutivo. Ademais, vê-se livre de uma vez por todas da insegurança causada pela pendência de um processo judicial de improbidade. É inegável que a só existência de um processo judicial contra si já representa por si só uma dura sanção e motivo de intranquilidade constante. Ademais, inúmeros são os custos ocasionados pela condução do processo, custos estes que seriam substancialmente reduzidos com a aceitação de um acordo.

De outro lado, o Ministério Público, caso aceite as informações trazidas pelo agente, logrará êxito em concretizar a sua pretensão de forma muito mais célere. Veja que a tramitação de uma ação de improbidade pode chegar a durar anos. Sem contar os custos referentes a perícias de alta complexidade. Ao longo da tramitação do processo, grande parte da efetividade almejada com a aplicação das sanções se esvai.

Ademais disso, ao negociar a aplicação das sanções, o agente já sabe de antemão as consequências que lhe serão impostas, aquiescendo a elas, o que permite que a execução das medidas se faça de forma mais eficaz. Quer dizer, ao firmar ajustamento de conduta com o *Parquet*, o agente ímprobo poderá apresentar desde logo os bens adquiridos ilicitamente, os quais poderiam estar dissimulados, dificultando o ressarcimento.

O acordo na improbidade, portanto, seria como um acordo substitutivo, por meio do qual, pautada pela consensualidade, o Ministério Público flexibiliza uma conduta imperativa e celebra com o administrado o ajustamento de uma conduta, primariamente exigível, por outra negociável.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas, comentando a Lei Anticorrupção, vão dizer que, no acordo de leniência, não há disponibilidade, mas apenas uma negociação quanto às vias formais para a satisfação do interesse público. Para os autores:

Trata-se de acordo substitutivo: atos administrativos complexos, por meio dos quais a Administração Pública, pautada pelo princípio da consensualidade, flexibiliza sua conduta imperativa e celebra com o administrado um acordo, que tem por objeto substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta, primariamente

exigível, por outra secundariamente negociável. Por meio desta via negocial, a Administração Pública opta por uma atuação consensual, que lhe é aberta em hipóteses legalmente previstas, de sorte a tutelar, de forma mais eficiente, o interesse público primário que está a seu cargo. É relevante destacar-se que, nesses atos, a Administração não dispõe sobre direitos públicos, mas sobre as vias formais para satisfação do interesse público envolvido. De resto, o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de previsões de acordos substitutivos, tais como o que ora se comenta. (*A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140211-10.pdf>)

Feitas as devidas adaptações, o entendimento dos autores acerca do acordo de leniência é o mesmo que deve pautar a celebração de ajustamentos de conduta na improbidade administrativa.

## 6. Princípio da eficiência, dever de resultados e Ministério Público resolutivo

Temos de nos lembrar ainda que a Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, erigiu a eficiência ao princípio basilar da administração pública. A inserção do princípio no rol dos princípios regentes da administração pública marca a mudança de paradigma da gestão administrativa.

Destarte, abandona-se o paradigma da administração burocrática, preocupada apenas com os procedimentos, para abraçar-se o paradigma da administração de resultados, focada no atingimento concreto dos objetivos públicos. Trata-se, portanto, do paradigma do resultado na administração pública.

A despeito de a norma encontrar guarida no art. 37, *caput*, da Constituição, é certo que o princípio da eficiência espraia seus efeitos à administração pública como um todo, em sentido lato, nela incluída o Ministério Público, como não poderia deixar de ser. Não se descarta do fato de que o princípio da eficiência sempre foi analisado sob o ponto de vista instrumental e não finalístico.

É indene de dúvidas que o princípio da eficiência se aplica ao Ministério Público no que toca aos atos administrativos praticados pela instituição. No entanto, o que se propugna aqui é a aplicação do princípio da eficiência ao aspecto finalístico da atuação ministerial. A proposta não causa espanto, tendo sido recentemente incorporada pelo CPC no que se refere à atuação funcional dos magistrados<sup>17</sup>. Neste contexto, impõe-se ao *Parquet* também a necessidade de eficiência no desempenho de suas missões institucionais, almejando-se a concretização de resultados de forma célere e menos dispendiosa.

<sup>17</sup> CPC. Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a *eficiência*.

É neste contexto que surge o paradigma da *resolutividade*. O perfil resolutivo do Ministério Público nasce em contraposição ao perfil do Ministério Público demandista. O perfil ministerial demandista caracteriza-se pela condução das demandas ao poder judiciário, deixando em segundo plano a busca pela solução negociada e extrajudicial. O demandismo ministerial confere primazia à atuação por meio do ajuizamento de ações. Com isso, todavia, abarrotam-se o poder judiciário com processos volumosos e de altíssima complexidade, o que, em última análise, implica perda de eficiência e de eficácia<sup>18</sup>.

Todavia, o perfil demandista vem na contramão da contemporaneidade. Hoje, cada vez mais, presenciamos uma fuga do poder judiciário e a ascensão de formas alternativas de solução de conflitos, como a conciliação, mediação e a arbitragem. É notória a insuficiência do poder judiciário para a resolução célere e eficaz das demandas dos tempos atuais, dadas a morosidade, a imprevisibilidade e as vicissitudes da ação judicial.

Em razão de tais aspectos é que vemos o nascimento do perfil resolutivo do Ministério Público. Com efeito, o Ministério Público resolutivo define-se como uma instituição que assume identidade proativa, utilizando seu poder de articulação e mecanismos extrajudiciais, evitando-se o acionamento do poder judiciário<sup>19</sup>.

Destaco mais uma vez a Res. 118/2014, a qual, imbuída do espírito da resolutividade, buscou mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias na atuação ministerial, destacando a importância da prevenção e da redução da litigiosidade. Em seus considerandos, a Resolução destaca que as controvérsias e os conflitos envolvendo o Poder Público e os particulares, ou entre estes, notadamente aquelas de natureza coletiva, podem ser resolvidas de forma célere, justa, efetiva e implementável.

Neste contexto, parece-me certo que o princípio da eficiência e o paradigma da resolutividade não somente recomendam, mas impõem que seja considerada a solução consensual em sede de improbidade administrativa, sempre que tal medida se revelar mais eficaz à tutela do direito violado e à salvaguarda do interesse público.

Com efeito, em determinados casos, a morosidade na adoção de providências ou na conclusão de uma demanda equivalerá à própria disposição integral do direito tutelado. Sabemos que a passagem do tempo tem o condão de ensejar a prescrição da pretensão punitiva, impedindo a própria persecução. Assim, avizinhandose a prescrição e estando ainda prematura a investigação, a celebração do ajustamento pode se revelar uma medida interessante, a fim de evitar o perecimento integral da própria pretensão. Noutros termos, mais vale um pássaro na mão do que dois voando.

<sup>18</sup> "(...) a imposição de sanções, muitas vezes, pode não ser a melhor alternativa sancionatória. Os muitos anos até a consolidação administrativa e judicial do débito, atrelado ao recolhimento ulterior a um fundo sem destinação específica e com regras bastante restritivas de reversão em investimentos, pode sugerir, a depender da análise do caso concreto, que uma composição com efeitos imediatos, reais e concretos se constitua em penalidade compensatória mais eficiente." (Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. Sérgio Guerra, Juliana Bonacorsi de Palma)

<sup>19</sup> *Ministério Público resolutivo e um novo perfil na solução extrajudicial de conflitos: lineamentos sobre a nova dinâmica*. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1241/Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20Resolutivo.pdf?sequence=1>

Da mesma forma, a longuíssima tramitação de demandas de alta complexidade pode redundar na completa inefetividade da sanção, seja pela dilapidação do patrimônio adquirido ilicitamente ou em detrimento do erário público, seja em razão da não localização futura dos agentes envolvidos.

### 7. Dosimetria das sanções em improbidade administrativa

Outro ponto que deve ser sopesado é a possibilidade de ser realizada pelo magistrado uma dosimetria da sanção de improbidade. Quer dizer, na ação de improbidade administrativa, constatado o ato de improbidade, o magistrado não fica obrigado a aplicar todas as sanções previstas nos incisos do art. 12 da Lei de Improbidade, sendo-lhe autorizado realizar uma dosimetria da pena, deixando de aplicar determinadas sanções.

Neste sentido, é o entendimento firme do Superior Tribunal de Justiça, plasmado no Enunciado 11 da Jurisprudência em Teses nº 40:

11) O magistrado não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração.

Os artigos 20, parágrafo único, e 22, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com redação da Lei nº 16.655/2018, corroboram o entendimento acima exposto ao estabelecerem que, na aplicação de sanções, deverá ser demonstrada a *necessidade e a adequação* da medida imposta, bem como que devam ser sopesadas a natureza e a gravidade da infração, os danos que dela advieram e as circunstâncias do caso, *verbis*:

Art. 20. *Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.* (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. *A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.* (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018.)

(...)

Art. 22. *Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*



§1º. Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018.)

§2º. Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem/para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018.)

§3º. As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018.)

Em suma, o que se pretende demonstrar é que, se ao fim e ao cabo nem mesmo o magistrado está obrigado a aplicar todas as sanções previstas objetivamente na lei para o ato de improbidade praticado, por que motivo não poderia o Ministério Público, em sede de TAC, dispor de determinadas sanções, em prol de uma maior celeridade e efetividade no atendimento ao interesse público e ressarcimento ao erário?

Ora, ao realizar a dosimetria da pena, dispondo de uma ou algumas sanções do art. 12 da Lei, ninguém acusa o magistrado de estar indevidamente dispondo do interesse público. Ao contrário, é amplamente admitida a conduta. Neste passo, pela mesma lógica, parece-me que pode o Promotor de Justiça, de forma fundamentada, celebrar negócio jurídico com o investigado, abrindo mão de uma ou outra sanção, em prol de um mais célere e eficaz resultado.

## **8. Discricionariedade (ou grau de vinculação à juridicidade) e controlabilidade**

Poder-se-ia objetar que a consensualidade na seara da improbidade, seja para celebração de ajustamentos de conduta ou para acordos de leniência, poderia conduzir a arbitrariedades ou desvios de poder, já que a definição das sanções aplicáveis ou conteúdo de eventuais acordos estaria sujeita à exclusiva discricionariedade do promotor de justiça oficiante e supostamente livre de qualquer controle imediato.

No entanto, conforme já aventado, a celebração de qualquer ajuste consensual demanda a demonstração concreta e objetiva, por meio da motivação no inquérito civil, do *trade off* contido na avença. Quer dizer, é preciso que estejam presentes no inquérito, através de promoção fundamentada, as razões que levaram à eleição do caminho consensual, bem como as razões, de fato e de direito, que conduziram à proposição de uma ou mais sanções.

Neste ponto, impende destacar que a *discricionariedade*<sup>20</sup> é atributo tradicionalmente conferido ao poder de polícia no âmbito do direito administrativo ordenador, mormente no que se refere à aplicação de sanções. Com efeito, é inegável a similitude do procedimento da improbidade administrativa com o direito administrativo sancionador, razão por que seus institutos não só podem como devem ser intercambiados.

Conforme destacado pela doutrina, há uma legalidade flexível<sup>21</sup> no que concerne à atividade administrativa sancionadora, o que significa dizer que há uma maior elasticidade na atuação do *ius puniendi* estatal nesta senda. Conforme adverte Fábio Medina Osório, a legalidade *das infrações e das sanções* é composta, no mais das vezes, por conceitos ou termos jurídicos altamente indeterminados, cláusulas gerais, princípios e descrição de valores superiores que outorgam amplos espaços à autoridade julgadora, seja ela administrativa ou judicial<sup>22</sup>.

Portanto, no direito administrativo sancionador, há margem de discricionariedade à autoridade administrativa, para, com base na moldura da lei e diante dos fatos apurados (motivos de fato), aplicar a sanção proporcional e condizente ao caso sob sua avaliação. Com efeito, no âmbito de um processo administrativo sancionador/disciplinar, ninguém alega que a autoridade administrativa esteja a dispor ilegalmente do interesse público, caso opte, de forma razoável, pela aplicação de determinada sanção.

O paralelo fica ainda mais evidente se imaginarmos que, de um mesmo fato, o agente público poderá responder tanto por improbidade quanto administrativamente. Veja-se que a autoridade administrativa processante tutela o interesse público, no exercício de seu mister, da mesma forma que o faz o promotor, no âmbito de suas atribuições. No entanto, ao administrador público é reconhecida margem de discricionariedade, ao passo que o promotor – se levarmos ao pé da

<sup>20</sup> A despeito da tradicional lição doutrinária, Gustavo Binenbojm adverte: “Na tradição do direito administrativo brasileiro, o poder de polícia sempre foi definido como um poder intrinsecamente discricionário. [...] Aos poucos, no entanto, com o avanço do processo de juridicização da atividade administrativa, a liberdade decisória dos gestores públicos no campo policial deixou de ser uma característica inerente para tornar-se uma opção – ou uma necessidade – da disciplina normativa incidente em cada caso. [...] Inexiste, desse modo, autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. [...] No mais baixo degrau de vinculação administrativa à juridicidade, encontram-se os atos vinculados diretamente por princípios, que corresponderiam aos outrora denominados atos discricionários. Nesses casos, há uma opção político-jurídica por transferir o momento, conteúdo ou dosimetria da decisão relativa ao poder de polícia para o administrador público, que deverá tomá-la sempre observando os elementos vinculados previstos em lei (competência, finalidade, forma) e os princípios gerais e setoriais da Administração Pública.” (*Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2ª ed. Belo Horizonte: 2017. p.88/90)

<sup>21</sup> Neste sentido, traz-se à baila trecho do voto proferido no MS 28799/DF: “O reconhecimento da possibilidade de instituição de estruturas típicas flexíveis no âmbito do direito administrativo sancionador, cuja textura aberta conduz à necessidade de o órgão disciplinar – com apoio em seu prudente critério e sempre atento às limitações que derivam dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – proceder à adequada correlação entre a infração funcional e a sanção a ela correspondente prevista no estatuto jurídico-disciplinar, tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário. (...) Na realidade, a utilização de elementos normativos de conteúdo abrangente na definição legal de condutas puníveis revela-se legítima, inclusive sob a perspectiva dos atos de improbidade administrativa, cuja prática pode justificar a imposição de sanções objetivamente muito mais graves do que aquelas próprias do regime jurídico-disciplinar dos servidores públicos em geral e dos magistrados em particular.”

<sup>22</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. Ed. RT. 4ª ed. 2011. p.216.

letra a vedação do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/92 – estaria cegamente obrigado à persecução judicial do sancionamento máximo, ainda que as nuances do caso concreto indiquem que não seja esta a melhor medida.

Portanto, diante do paradoxo acima apontado, advoga-se aqui a existência de margem de discricionariedade ao promotor de justiça oficiante para, diante do caso concreto e de forma motivada, propor a aplicação consensual das sanções mais adequadas, podendo, se for o caso, abrir mão da aplicação de uma ou mais sanções.

Não se desconhece, é claro, que as sanções administrativas são aplicadas no bojo de um processo administrativo do qual deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa, ao cabo do qual a autoridade administrativa, com base nas provas produzidas e alegações oferecidas, vem a proferir sua decisão. O processo administrativo sancionador, decerto, não se equipara ao inquérito civil, de índole inquisitória, no bojo do qual não há obrigatoriedade de ser oportunizado o contraditório e a ampla defesa (apesar de não estarem excluídos). Ademais, o promotor de justiça não julga, mas forma sua *opinio*, a partir da qual elegerá determinada via.

No entanto, é de se supor que, caso venha a ser aventada pelo promotor a via consensual, seja o investigado convocado a se manifestar sobre a proposta, trazendo, neste momento, suas considerações e eventuais provas que possua a seu favor. Dessa forma, resguardar-se-á a garantia do contraditório e ampla defesa. De todo modo, as sanções eventualmente aplicadas o serão em ambiente consensual, de forma consentida, razão por que não se há de objetar violação a tais princípios. Quer dizer, não está a parte obrigada a dispensar o contraditório judicial e aceitar a aplicação imediata das sanções. No entanto, se o fizer, não poderá argumentar violação a seus direitos. Em razão disso, revela-se importante a presença de advogado, apesar de não necessária, na forma da Súmula Vinculante 05, por analogia.

No que tange à controlabilidade do ajuste celebrado, a despeito de os ajustamentos de conduta não se sujeitarem à homologação pelo Conselho Superior como condição de eficácia, é certo que, após o cumprimento do TAC, deve ser o inquérito encaminhado ao Conselho para análise do arquivamento. Neste momento, poderá o Conselho realizar o controle sobre o conteúdo da avença celebrada. Caso entenda ter havido uma tutela deficitária do interesse público, poderá, obviamente, recusar o arquivamento e determinar o ajuizamento da ação (para aplicação das demais sanções deixadas de fora do ajustamento) ou mesmo o prosseguimento das investigações.

Da mesma forma, sendo certo que os inquéritos civis são públicos, caberá ainda recurso, por parte de qualquer interessado, ao Conselho Superior. No caso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o art. 40 da Res. 2.227/18<sup>23</sup> determina que cópia do termo de ajustamento de conduta seja afixada em quadro próprio na sede do órgão de execução, pelo prazo de 15 (quinze) dias, bem como que seja encaminhada, por

---

<sup>23</sup> Art. 45 - Cópia do termo de ajustamento de conduta deverá ser afixada em quadro próprio, na sede do órgão de execução, pelo prazo de 15 (quinze) dias, bem como ser encaminhada, por meio de arquivo digital, ao Centro de Apoio Operacional correspondente, na forma do art. 80, inciso IV desta Resolução.

meio de arquivo digital, ao Centro de Apoio Operacional correspondente. Trata-se, naturalmente, de forma de publicização que visa a viabilizar os meios de controle.

Sem prejuízo, o art. 50 da Res. 2.227/18<sup>24</sup> determina que sejam enviados relatórios anuais ao Conselho Superior e à Corregedoria-Geral, sendo certo que o relator poderá solicitar informações e documentos constantes no inquérito. Obviamente, não cabe à Corregedoria imiscuir-se na atividade fim do órgão de execução. No entanto, vislumbrado evidente desvio de finalidade na atuação do membro, não poderá o órgão correicional furtar-se à atuação.

Noutro giro, temos de lembrar ainda que o Ministério Público não é legitimado exclusivo para perquirir as sanções da improbidade, também competindo tal legitimação à pessoa jurídica interessada. Dessa forma, caso o colegitimado (pessoa jurídica interessada) entenda que o ajustamento de conduta não tutelou suficientemente o interesse público, nada obstará que este persiga judicialmente a aplicação das demais sanções.

Por fim, poder-se-ia ainda aventar da obrigatoriedade de homologação judicial do acordo celebrado no inquérito civil, com base na aplicação analógica do art. 3º, §2º, da Lei nº 13.140/15, que impõe a homologação em juízo das mediações sobre direitos indisponíveis, mas transigíveis.<sup>25</sup>

## 9. O problema da ausência de regulamentação legal

Parte das críticas à consensualidade na improbidade decorre da ausência de regulamentação normativa do procedimento. Quer dizer, careceria o administrado de segurança jurídica quanto à forma de se realizar tal transação ou mesmo quanto à durabilidade da avença, diante de uma possível variação de entendimento futura. No entanto, a ausência de regulamentação legal específica não deve ser encarada como óbice. Deveras, apesar de desejável a previsão legal, parece possível a regulamentação administrativa do procedimento ou até mesmo tomar por empréstimo as regras de procedimentos análogos, como o procedimento da LINDB ou da Lei Anticorrupção.

Vale ainda trazer à baila o novel art. 26 da LINDB, o qual, segundo a doutrina, contempla *autorização genérica* para a celebração de compromissos de ajustamento de conduta, estabelecendo-lhes ainda um mínimo regulamentar:

<sup>24</sup> Art. 50 - Os órgãos de execução que tenham atribuição para celebrar compromisso de ajustamento de conduta deverão apresentar anualmente relatório sobre sua execução ao Conselho Superior. §1º - O órgão do Ministério Público deverá enviar cópia do relatório à Corregedoria Geral. §2º - Os relatórios serão arquivados na secretaria do Conselho Superior em pastas identificadas por órgão de execução. §3º - Os relatórios, ao serem distribuídos a relator, serão acompanhados da pasta de relatórios para permitir exame do cumprimento do ajustamento ao longo do tempo. §4º - O relator poderá requisitar informações e documentos constantes do inquérito civil.

<sup>25</sup> "Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

(...)

§2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público."

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, *celebrar compromisso com os interessados*, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§1º. O compromisso referido no *caput* deste artigo: (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018.)

I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018.)

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018.)

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018.)

De acordo com a doutrina, a Lei nº 13.655/2018, que alterou a LINDB, veio consagrar permissivo genérico para que toda a Administração Pública, independentemente de lei ou regulamento específico, possa celebrar compromissos. Com efeito:

Alinhando-se a outros sistemas jurídicos que dispõem de leis autorizativas genéricas à celebração de acordos pela Administração Pública, a Lei nº 13.655/18 expressamente confere competência consensual de ordem geral ao Poder Público brasileiro. Isso significa que qualquer órgão ou ente administrativo encontra-se imediatamente autorizado a celebrar compromisso, nos termos do art. 26 da Lei, não se fazendo necessária a edição de qualquer outra lei específica, decreto ou regulamentação interna. (<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>)

De feito, conquanto o dispositivo tenha sua aplicação voltada aos acordos substitutivos celebrados pelo Poder Público com os administrados, é inegável a similitude de tal instrumento, sediado no âmago do direito administrativo sancionador ou disciplinar, com o acordo celebrado na improbidade administrativa. Em ambos os cenários, busca-se a tutela do interesse público, por meio da aplicação negociada de sanções, com vistas à sanção da irregularidade constatada.



Gustavo Binenbojm, discorrendo sobre acordos substitutivos e integrativos no direito administrativo sancionador, confessando ser desejável a regulamentação legal expressa, admite, contudo, a possibilidade de regulamentação administrativa de tais acordos:

Embora seja desejável a previsão legal expressa, parece possível haver a regulamentação administrativa tanto de acordos substitutivos como de acordos integrativos de decisões sancionatórias. O ponto nodal é a estruturação de modelos consensuais que possam otimizar os objetivos do aparato sancionador, sem criar perigosos incentivos à reincidência. Em uma palavra: o *trade off* consubstanciado no acordo deve ficar claro, cabendo às partes o ônus argumentativo de demonstrar que tal solução exibe custo-benefício superior à pura e simples aplicação da sanção. A ideia de juridicidade administrativa ampara, aqui, a solução consensual bem engendrada: o acordo impõe algo diverso da sanção prevista em lei para realizar a sua finalidade de forma qualitativamente superior. (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, ordenação, regulação*. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Ed. Fórum. p. 106.)

Portanto, é de todo legítima a iniciativa de regulamentar o procedimento, ainda que por meio de regulamentos ou resoluções. Neste passo, a Res. 2227/18 do MPRJ procura regulamentar de forma detalhada o procedimento para a celebração de ajustamentos de conduta. Dessa forma, no cenário atual, não parece haver mais dúvidas quanto ao cabimento do ajustamento de conduta na improbidade administrativa, seja no bojo do inquérito civil, seja no bojo da ação de improbidade administrativa já ajuizada.

## 10. Conclusão

Com as palavras acima tecidas, esperamos ter demonstrado que o ajustamento de conduta em sede de improbidade administrativa deixou de ser considerado uma blasfêmia aos direitos transindividuais tutelados, passando a ser encarado como uma realidade no dia a dia da atuação ministerial.

Destarte, há profícuo arcabouço normativo a amparar a utilização do instituto, seja em sede legal seja em sede regulamentar, de modo que não mais há de haver insegurança jurídica em seu emprego. O terreno encontra-se, portanto, pavimentado. Resta apenas que os agentes ministeriais, operadores por excelência do instituto, afinem suas mentalidades com a novidade e busquem concretizar o ideal de resolutividade.

Conforme ressaltado, firmada a tese da prescritibilidade total das sanções de improbidade, inclusive da medida de ressarcimento, o ajustamento de conduta poderá se erigir à forte aliado do *Parquet* na persecução de condutas ímprobadas.

Quer dizer, não mais dispondo o Ministério Público de um infundável prazo para investigações, a solução consensual negociada avulta como uma aliada célere e eficaz ao exitoso sancionamento do ilícito praticado.

Com efeito, negar a possibilidade de ajustamento de conduta na improbidade vai na contramão dos avanços do processo civil, cuja ideologia estimulante das soluções consensuais dos conflitos milita a cada dia mais no sentido da ampliação das formas de convencionalidade no direito público.

### Referências

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, ordenação e regulação*. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017.

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CABRAL, Antônio Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: *Repercussões do Novo CPC no Processo Coletivo*. ZANETI JR., Hermes (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2016. vol. 8.

CONJUR. <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opinio-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos> (Acesso em: 26/06/2018)

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 12ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8ª ed. Ed. Saraiva, 2015.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública* (<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>)

Maioria do STF entende que ações de ressarcimento por improbidade são prescritíveis. (Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI284939,101048-Maioria+do+STF+entende+que+acoes+de+ressarcimento+por+improbidade+sa>)

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

\_\_\_\_\_. *O Inquérito Civil*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público resolutivo e um novo perfil na solução extrajudicial de conflitos: lineamentos sobre a nova dinâmica. (Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1241/Minist%C3%A9rio%20P%C3%ABlico%20Resolutivo.pdf?sequence=1>)