

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Nathan Lucas Brum Moreira da Silva

O termo de ajustamento de conduta e a lei de improbidade administrativa

Juiz de Fora

2014

Nathan Lucas Brum Moreira da Silva

O termo de ajustamento de conduta e a lei de improbidade administrativa

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Aline Araújo Passos.

Juiz de Fora

2014

Nathan Lucas Brum Moreira da Silva

O termo de ajustamento de conduta e a lei de improbidade administrativa

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Aline Araújo Passos – Orientadora
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Mestre Karol Araújo Durço
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Graduada Tatiana Paula da Cruz
Universidade Federal de Juiz de Fora

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, tenho em Deus o meu maior agradecimento, pois graças a Ele fui capaz de terminar esta jornada iniciada há cinco anos.

A esta universidade e ao seu corpo docente, não somente pelo ensinamento, mas pela colaboração em minha formação pessoal.

À Professora Aline Araújo Passos pela orientação neste trabalho, pelo tempo despendido nas correções e, sobretudo, por ser exemplo de dedicação e profissionalismo.

À minha família: meu pai, José Moreira, meu grande companheiro, e minha mãe, Adir, minha primeira professora, pelos esforços empreendidos e pelo amparo irrestrito. Às minhas irmãs, Sther e Thalita, pela companhia e apoio no dia a dia.

À Carol pela paciência, pelo companheirismo demonstrado diariamente e pelo incentivo contínuo.

A todos que contribuíram comigo durante estes memoráveis anos de graduação.

"De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto."

(Rui Barbosa)

RESUMO

O presente estudo objetiva analisar a controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito da adoção do termo de ajustamento de conduta na seara da improbidade administrativa. A partir do cenário constitucional de 1988 que elevou o Ministério Público à condição de tutor da sociedade e dos direitos coletivos, difusos e outros interesses indisponíveis, analisa-se a viabilidade da adoção de medidas extrajudiciais preventivas no campo da probidade administrativa com vistas a solucionar os obstáculos de acesso à justiça no âmbito da reprimenda civil de tais atos atentatórios à moralidade administrativa.

Palavras-chave: Termo de ajustamento de conduta; Ministério Público; solução extrajudicial de conflitos; efetividade; probidade administrativa.

ABSTRACT

This study proposes to examine the doctrinal and jurisprudential controversy about the adoption of commitment/agreement term of conduct in cases of improbity conduct. From the scene of the 1988 Constitution that raised the Public Prosecution Office to the category of guardian of society and collective rights, and other diffuse interests unavailable, analyzes the feasibility of adopting preventive extrajudicial measures in the field of administrative probity in order to solve the justice access barriers in the field of civil reprimand of acts detrimental to the administrative morality.

Keywords: commitment/agreement term of conduct settlement; Public Prosecution Office; extrajudicial solution of conflicts; effectiveness; administrative probity.

SUMÁRIO

Introdução.....	9
1. O acesso à justiça	11
1.1. Acesso à justiça e a evolução do direito processual civil	14
1.2. Acesso à justiça e a proteção dos direitos transindividuais	16
2. O Ministério Público como protagonista da tutela dos interesses transindividuais.....	17
2.1. Evolução constitucional do Ministério Público no Brasil	17
2.2. A atuação do Ministério Público.....	19
3. O termo de ajustamento de conduta	22
3.1. Origem.....	22
3.2. Natureza jurídica	23
3.3. Legitimidade para a celebração do TAC.....	26
3.4. Forma e objeto	28
3.5. Momento de celebração e eficácia	28
4. A lei de improbidade administrativa	31
4.1. Abordagem geral.....	31
4.2. A eficiência da lei de improbidade	33
4.3. Do alcance da vedação contida no art. 17, § 1º da lei 8.429/92.	37
4.4. O TAC preventivo.....	41
4.5. Elemento subjetivo: dolo ou culpa – hipóteses de aproveitamento do TAC	45
4.6. TAC para atos de menor potencial ofensivo.....	48
Conclusão.....	51
Obras Citadas.....	54

Introdução

O estágio de complexidade da sociedade atual, sociedade de massas, fez surgir a necessidade de que a proteção dos direitos transindividuais ocorra de maneira célere, transparente e eficiente, até mesmo porque são inúmeras as facetas da proteção dos direitos transindividuais existentes em uma sociedade cada vez mais pluralista.

Como é sabido, as ações coletivas prestam-se justamente a tutelar os interesses transindividuais, sendo que os legitimados a atuar em nome da coletividade não podem abrir mão dos direitos vindicados, vez que não são titulares destes. No entanto, é preciso ter cautela ao analisar as vedações impostas aos coletivos extraordinários, sob pena de atuar na contramão das tendências contemporâneas do direito processual civil.

Isso porque em alguns casos a solução negociada, que não se confunde com renúncia aos direitos metaindividuais, se torna a saída mais adequada, senão a única dotada de adequação, para solucionar determinados conflitos. Por outro lado, a tutela dos direitos transindividuais não se resume à postulação em juízo, já que o legislador garantiu a possibilidade de se proteger os interesses da coletividade extrajudicialmente.

E aqui se insere o termo de ajustamento de conduta, insculpido no § 6º do art. 5º da lei 7.347/85, que nada mais é do que instrumento de proteção dos interesses da coletividade apto a ser celebrado judicial ou extrajudicialmente, a depender da conveniência na solução negociada dos conflitos que envolvem os interesses transindividuais.

A partir disso, tem-se a análise da lei 8.429/92, que no § 1º do art. 17 vedou expressamente a possibilidade de transação nas ações civis de improbidade administrativa. *Prima facie*, é possível crer que a lei de 8.429/92 vedou a possibilidade de celebração do termo de ajustamento de conduta para os atos contrários à moralidade administrativa.

Contudo, como o termo de ajustamento de conduta não se confunde com a mera disposição dos direitos transindividuais, este tem lugar também na solução dos casos de improbidade administrativa, sobretudo a partir da constatação das mazelas pelas quais a lei 8.429/92 se depara atualmente, uma vez que apesar dos

esforços empreendidos pelos operadores do Direito, não se tem atingido índices de redução considerável destes atos tão indesejáveis.

Neste contexto, torna-se imprescindível a atuação do Ministério Público, instituição incumbida pelo Poder Constituinte de proteger a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme se depreende da leitura do art. 127 da Constituição Cidadã de 1988. É de se ressaltar que a adoção do termo de ajustamento de conduta em alguns casos de improbidade administrativa se manifesta como postura preventiva do Ministério Público, posição condizente com o papel assumido pela instituição contemporaneamente.

Assim, a partir da análise dos benefícios obtidos pela celebração do termo de ajustamento de conduta no tratamento dos direitos transindividuais em geral, bem como da dificuldade de se chegar a um resultado satisfatório em alguns casos de improbidade administrativa, vislumbra-se hipóteses específicas de celebração do compromisso de ajustamento de conduta mediante alteração da postura judicialista do Ministério Público ao tratar especificamente dos atos abarcados pela lei 8.429/92.

1. O acesso à justiça

Apesar de ser possível perceber no plano fático os avanços ocorridos em nosso ordenamento jurídico com a finalidade de se garantir a todos o acesso à justiça, certo é que o tema ainda merece atenção por parte dos operadores do Direito em razão de sua relevância, bem como de sua constante evolução.

Aliás, não poderia ser diferente, uma vez que a figura do Estado tem sido cada vez mais fortalecida na complexa sociedade contemporânea. Atualmente, o Estado é dotado das mais variadas funções, de modo que a tarefa de compatibilizar as diversas demandas existentes na sociedade de massas e assegurar aos cidadãos o efetivo exercício de seus direitos, seja na seara individual, seja na coletiva, tem se tornado cada vez mais difícil.

Neste sentido, cumpre salientar que outrora se entendia o acesso à justiça como a mera possibilidade de se provocar o Poder Judiciário, com a utilização do processo judicial e dos instrumentos por ele oferecidos. Ocorre que a concepção atual já superou o simplório entendimento de que imiscuir-se na via judicial significava garantia de acesso à justiça.

O entendimento atual do acesso à justiça possui como um de seus pilares o relatório elaborado por Bryant Garth e Mauro Cappelletti (1998), que, além de apontar os obstáculos ao efetivo acesso à justiça, elencou possíveis soluções através das chamadas ondas renovatórias de acesso à justiça.

A Teoria de Mauro Cappelletti e Bryant Garth interpreta o acesso à justiça como o mais básico dos direitos humanos em um sistema jurídico que pretende efetivamente garantir condições igualitárias aos indivíduos, e não apenas proclamar o direito de todos (CAPPELLETTI e GARTH, 1998, p. 12). Por ser uma garantia básica, o efetivo acesso à justiça passa a ser visto como elemento fundamental ao exercício da cidadania.

Trata-se, pois, de releitura dos instrumentos já arraigados na ciência jurídica, que tem como escopo evitar a valorização exacerbada das formas e garantir a efetividade da solução dos conflitos. Além disso, o ponto central nesta nova perspectiva é o povo, a quem o Direito deve servir.

Evidencia-se, ainda, que a concepção de Cappelletti está precipuamente relacionada à democracia e à isonomia, sendo fruto das transformações decorrentes das dificuldades de o Estado no exercício da função pacificadora lograr resultados

eficientes. Assim, a busca pela reestruturação da ciência jurídica tem viés de restauração da efetividade da pacificação social, manifestada através de reformas legislativas preocupadas com os novos direitos sociais.

Com efeito, conforme já adiantado, Cappelletti e Garth apontaram meios pelos quais seria possível construir uma ordem jurídica justa nas chamadas ondas renovatórias. A primeira delas ocorreu a partir do século XX, e foi tratada no relatório de Cappelletti e Garth como assistência judiciária aos pobres, visto que revelou a necessidade de implementação de medidas de inserção de pessoas menos abastadas aos serviços jurídicos (CAPPELLETTI e GARTH, 1998).

Como se percebe, o primeiro movimento renovatório de acesso à justiça teve como enfoque a democratização do acesso aos serviços jurídicos, pois se reconheceu a barreira econômica que muitas das vezes torna o processo inacessível à parcela da população possuidora de poucos recursos financeiros.

Noutro passo, verificou-se que a desinformação se apresenta da mesma forma como obstáculo ao acesso à justiça, pois em alguns casos a insuficiência não é somente econômica, mas também de conhecimento a respeito dos próprios direitos. Há, neste caso, a constatação de que o acesso formal à justiça, adequado no modelo liberal, não poderia subsistir, devendo o Estado se preocupar com a introdução dos menos abastados à efetiva utilização da justiça e suas instituições (CAPPELLETTI e GARTH, 1998).

Por sua vez, a segunda onda renovatória de acesso à justiça tem como viés a necessidade de tutela dos interesses difusos, uma vez que a perspectiva individualista do direito processual não mais era capaz de resolver as crises jurídicas existentes em uma sociedade capitalista de massa. Em outras palavras, a segunda onda renovatória busca resolver a representação dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Neste sentido, é de extrema relevância o ensinamento de Geisa Assis Rodrigues (2011, p. 28-29):

Na verdade, o significado de acesso à justiça como hoje conhecemos só surge efetivamente com a construção de uma nova tipologia de direitos que apresenta inovações subjetivas e objetivas ao paradigma até então dominante. Sob o prisma subjetivo os direitos de nova geração, ou de nova dimensão, são caracterizados pela transindividualidade, ou seja, são direitos que vão muito além do indivíduo, sem, contudo, perder totalmente contato com a ideia da pessoa em si. Com efeito, o Direito passa a dispensar uma proteção ao indivíduo em todas as suas dimensões, tanto do ponto de vista

singular quanto coletivo. Há simultaneamente um movimento de superação e de reforço desta noção. De qualquer maneira, o sistema jurídico, ao reconhecer a existência de movimentos sociais, de agregados comunitários, de massas de pessoas, organizadas formalmente ou não ultrapassa o clássico sujeito de direito, assim como suas expressões, como a pessoa jurídica e o condomínio, engendrando uma nova lógica com o esmaecimento da majestade indivíduo.

Verifica-se que o surgimento da sociedade de massas provocou a necessidade de modificação da visão tradicional da ciência processual, que servia à pacificação de conflitos de natureza individual. Diante do esgotamento da perspectiva tradicional do processo, surge a necessidade de implementação de novos mecanismos aptos a garantir o exercício dos novos direitos qualificados pela transindividualidade.

Não obstante, tais direitos possuem outra feição peculiar que vai além do perfil subjetivo acima demonstrado, de modo que atingem objetos que normalmente não estariam abarcados por uma preocupação jurídica, tal como ocorre com a proteção do ar que respiramos. É possível indicar, ainda, que na expansão da proteção destes direitos há um esvaziamento da patrimonialidade, uma vez que muitos destes novos direitos não são passíveis de redução a uma expressão econômica (RODRIGUES, 2011, p. 30). É o que ocorre no caso da guarda da moralidade administrativa, por exemplo, que nem sempre é exprimível em exteriorização patrimonial.

Por fim, cabe apontar, brevemente, os contornos da terceira onda renovatória, que tem como enfoque a busca de mecanismos capazes de garantir a efetividade do acesso à justiça. Verificada a ineficiência de um processo judicial em alguns casos, em decorrência de diversos fatores distintos, tais como a representação adequada para a defesa dos direitos transindividuais e a demora na prestação jurisdicional, torna-se imprescindível a adoção de outros instrumentos de resolução de conflitos (CAPPELLETTI e GARTH, 1998).

Depreende-se que em razão da percepção da insuficiência ou inadequação do modelo do processo ordinário até então utilizado, surgiram diversos meios e instrumentos com o propósito de acelerar, prevenir ou solucionar extrajudicialmente as crises jurídicas existentes. Assim, não se tem a busca por esvaziamento do processo, mas o contrário, pois a terceira onda renovatória tem como foco restaurar a sua efetividade. Tais meios alternativos, também chamados

de equivalentes jurisdicionais, já são muito utilizados e podem ser exemplificados pelo termo de ajustamento de conduta, pela mediação e pela arbitragem.

E por se tratar de meio alternativo de proteção de direitos transindividuais, o compromisso de ajustamento de conduta não tem como objetivo substituir a atividade jurisdicional, mas servir de complemento nos casos em que a solução negociada se revelar mais apropriada (RODRIGUES, 2011, p. 105).

Cabe assinalar, por derradeiro, que as três ondas renovatórias não são conflitantes, e sim complementares entre si. Ademais, é maior a abrangência da terceira e última onda renovatória, ainda em curso, que acaba permeando as demais ondas renovatórias nos pontos em que estas se mostram deficientes.

1.1. Acesso à justiça e a evolução do direito processual civil

Por outro lado, cabe indicar que o direito processual civil sofreu influência do ideal de acesso à justiça, sendo possível expor um breve histórico do desenvolvimento do direito processual, discriminando suas linhas evolutivas e estabelecendo uma correlação entre a sua evolução e o acesso à justiça.

Acerca do desenvolvimento do direito processual civil, em linhas gerais, tem-se que as primeiras notícias deste ramo remetem ao período Romano, quando se via o direito processual como mero apêndice do direito material. A doutrina costuma divergir na denominação desta fase com as seguintes definições: fase sincretista, civilista ou imanentista do direito processual.

Posteriormente, com o advento da segunda fase, denominada fase autonomista, processualista ou conceitual, é que surgiu uma teoria do direito processual civil, já que tecnicamente não existiu estudo do processo na fase civilista. A doutrina atribui à Oskar Von Büllow o mérito de ter afastado o processo da concepção anteriormente existente. Conforme leciona Daniel Assumpção (2013, p. 49) “para Büllow, a relação de direito material é o objeto de discussão no processo, enquanto a relação de direito processual é a estrutura por meio da qual essa discussão ocorrerá”.

Apesar do grande avanço da ciência do direito processual na fase autonomista, esta careceu de uma perspectiva crítica, já que o estudo do direito processual acabou gerando distanciamento entre este e o direito material. Tal fenômeno foi visto como prejudicial a partir de meados do século XX, já que de nada adiantava a técnica processual sem a análise de suas conotações deontológicas,

sem a preocupação com a justiça que o processo é capaz de fazer, bem como das consequências geradas na vida das pessoas (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2011, p. 49).

Em decorrência da reflexão anteriormente exposta, surge a fase instrumentalista, que não rechaça a autonomia da ciência processual, mas estabelece a perspectiva de que o direito processual não pode ser outra coisa senão um meio de acesso à Justiça. Trata-se de fase de elevado caráter crítico, que percebeu que o processo não é um fim em si mesmo, e atribuiu a este o viés de instrumento de persecução do direito material (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2011, p. 49).

A ótica instrumentalista se preocupa com o resultado efetivo da relação processual. E neste viés o acesso à justiça, em verdade, se manifesta como direito fundamental por meio do qual se torna viável a persecução e assecuração de outros direitos. Para tanto, torna-se imperiosa a construção de uma ordem jurídica justa¹.

Com efeito, a partir do momento em que a garantia de acesso a uma ordem jurídica justa passa a ser interpretada como a possibilidade de se ter nos serviços jurídicos uma prestação rápida, adequada e eficiente, a ciência processual acaba se distanciando da perspectiva meramente individualista até então vigente.

E neste contexto se insere a quarta fase da linha evolutiva do direito processual civil, denominada pela doutrina como neoprocessualismo, formalismo valorativo ou, ainda, formalismo ético. Na fase do neoprocessualismo a construção e aplicação do formalismo processual deve se coadunar com os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados (DIDIER JR., 2013, p. 32). Neste sentido, evidencia-se que a fase atual do direito processual civil remete ao neoconstitucionalismo, sendo que este, dentre outros aspectos, trata da propagação dos valores elencados no texto constitucional por todo o ordenamento jurídico.

Conclui-se que a fase do neoprocessualismo não abandona os elementos trazidos pelas fases anteriores, mas os renova, na medida em que a

¹ Como exemplo de transformação atenta às necessidades de ampliação da efetividade do processo judicial é possível citar a reforma legislativa que instituiu os instrumentos da tutela antecipada e da execução de fazer e não fazer, trazidos ao Código de Processo Civil pela lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994. No mesmo sentido aponta-se a criação do termo de ajustamento de conduta, introduzido no ordenamento jurídico pela lei 8.078/90. Interessante notar que o termo de ajustamento de conduta é instrumento vanguardista, visto que foi editado em um momento histórico em que sequer se permitia a execução de obrigações de fazer e não fazer.

constitucionalização dos direitos e garantias processuais revestiu a ciência processual de um caráter publicista, que sobrepuja a relação das partes no processo.

1.2. Acesso à justiça e a proteção dos direitos transindividuais

Consoante assentado anteriormente, as transformações em busca do acesso a uma ordem jurídica justa passaram por uma reestruturação gradual do processo civil. Isso porque o processo eminentemente individualista, responsável pela busca do direito material igualmente individualista, se rendeu às aspirações da sociedade.

Sob esta nova perspectiva, foi necessário reformular os instrumentos processuais para que estes se tornassem aptos a conformar os anseios da sociedade de massa com a realidade posta, pois, do contrário, não seria possível alcançar a tutela efetiva dos direitos da coletividade.

E aqui se inserem as ações coletivas, destinadas à tutela dos interesses de grupos, categorias e classes de pessoas, indeterminadas ou mesmo indetermináveis. Com isso, nova conotação foi atribuída a uma vertente do direito processual, qual seja, o direito processual coletivo, que encontra-se ao lado do direito processual individual (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2011, p. 142).

2. O Ministério Público como protagonista da tutela dos interesses transindividuais

2.1. Evolução constitucional do Ministério Público no Brasil

Atualmente o Ministério Público é uma instituição forte e independente, tendo na Constituição Federal de 1988 o seu alicerce maior. Contudo, ao longo da história é possível verificar a ampliação gradual de suas funções, de modo que o papel de protagonista na defesa dos direitos transindividuais assumido hodiernamente pelo Ministério Público nada mais é do que evolução natural da instituição, conforme se demonstrará adiante.

No Brasil, as Constituições de 1824 e 1891 não abarcaram o Ministério Público como instituição autônoma. A Constituição de 1824 se resumiu a dispor sobre a função de procurador da Coroa, atribuindo a este cargo o poder de acusação em casos específicos no juízo de crimes. Quanto à Constituição de 1891, esta se referiu apenas ao Procurador-Geral da República em seu art. 58, § 2º.

Com efeito, ainda que a Constituição de 1891 não tenha previsto o Ministério Público como instituição autônoma, este foi alçado a esta condição sob a sua égide. Isso porque nesta época foram editados os decretos 848/1890 e 1030/1890, sendo este último o responsável pelo surgimento de uma instituição independente e incumbida da fiscalização da execução da lei e promoção da ação pública, como se denominava a ação penal à época.

A Constituição de 1934, por seu turno, apesar de ter deslocado o Ministério Público para o Poder Executivo, garantiu sua individualidade ao inseri-lo no capítulo VI “dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais”. Ademais, cuidou a Constituição de 1934 da existência de Ministérios Públicos na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, na forma da lei, estabeleceu a necessidade de concurso público para o ingresso na carreira, bem como garantiu a estabilidade e vedações aos membros do Ministério Público (GARCIA, 2014, p. 78-79).

Após, houve flagrante retrocesso na Carta ditatorial de 1937, que não dispensou tratamento específico ao Ministério Público. Neste período a atuação no âmbito cível do Ministério Público se fundava no Código de Processo Civil de 1939,

enquanto a sua atividade na seara penal era definida pelo Código de Processo Penal de 1941.

Por sua vez, a Constituição de 1946 alocou o Ministério Público em título próprio, desvinculado dos três poderes e disciplinando, dentre outros aspectos, a inamovibilidade, estabilidade e novamente a necessidade de concurso público para ingresso na instituição. A Constituição de 1967 praticamente manteve as disposições da constituição anterior, entretanto, vinculou o Ministério Público ao Poder Judiciário.

De modo diverso, a Emenda Constitucional 1 de 1969 optou por dispensar tratamento ao Ministério Público no capítulo destinado ao Poder Executivo. Sob o seu arrimo é que foi editada a lei complementar 40/1981, que estabelecia as normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público dos Estados.

A lei complementar 40/1981 foi um enorme avanço no regramento do Ministério Público, visto que até então não existia padronização na atuação da instituição no âmbito dos Estados da Federação. Além disso, é possível citar outro aspecto de extrema relevância na lei supramencionada, qual seja, a elevação do Ministério Público à condição de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado (GARCIA, 2014, p. 78-79).

O que importa notar é que, excetuando o período de retrocesso anteriormente mencionado, houve nítida evolução institucional do Ministério Público durante o período republicano, uma vez que a sua seara de atuação foi paulatinamente sendo ampliada graças à legislação ordinária (MAZZILLI, 1991, p. 43).

Além da lei complementar federal nº. 40/81, que estabeleceu o estatuto do Ministério Público nacional, também é possível citar como exemplo da evolução institucional e dos novos campos de atuação do Ministério Público a lei 7.347/85, de enorme valia para a proteção dos interesses difusos (MAZZILLI, 1991, p. 41).

Contudo, consoante ventilado alhures, a maior responsável pela evolução institucional do Ministério Público foi a Constituição democrática de 1988. O título IV, Capítulo IV, da Constituição Federal, que dispõe sobre as Funções Essenciais à Justiça, albergou a figura do Ministério Público e consagrou as suas finalidades institucionais.

O referido capítulo do texto constitucional atribuiu ao Ministério Público a condição de instituição permanente com caráter de essencialidade no que tange ao desempenho da função jurisdicional do Estado, tendo como escopo a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

É de se ressaltar que a Constituição garantiu, assim, a independência do Ministério Público em face dos demais Poderes, uma vez que “os alicerces da Instituição, não obstante dispostos no mesmo Título dos demais Poderes, o foram em Capítulo distinto, o que terminou por afastar a falsa concepção de que o Ministério Público integra o Poder no qual sua disciplina fora encartada” (GARCIA, 2014, p. 82).

Com efeito, é ínsita à função ministerial a prerrogativa da independência funcional, pois diante de tamanha carga atribuída pela Constituição, sua atuação seria inexecutável caso não gozasse de independência funcional. Sendo assim, não há que se falar em hierarquia do *parquet* perante outro membro do próprio Ministério Público, ou ainda em relação a outro órgão ou entes externos ou internos.

2.2. A atuação do Ministério Público

A Constituição Federal de 1988 ampliou o campo de atuação do Ministério Público, como destacado anteriormente. Além disso, estabeleceu algumas de suas funções institucionais, vez que outras estão previstas em leis esparsas. Neste sentido, necessária se faz a análise do papel assumido pelo Ministério Público emergente desta nova ordem constitucional no que tange à tutela dos direitos transindividuais.

Com o advento da nova ordem constitucional, o Ministério Público passou a gozar de novas atribuições, com importantes garantias institucionais e pessoais, atreladas à tradição de representação em juízo, seja na seara penal, seja na cível na tutela de direitos transindividuais, estando garantida a sua atuação na defesa extrajudicial da cidadania, preservados os poderes de investigação e manejo de medidas extrajudiciais aptas a defender o patrimônio público e social (RODRIGUES, 2011, p. 59).

Neste viés, verifica-se que o art. 129 da Constituição Federal elenca algumas destas funções institucionais. Cabe notar que o rol previsto em sede constitucional é meramente exemplificativo, pois, como dito, outras funções

encontram guarida na legislação ordinária e não se tem qualquer impedimento para que outras novas sejam criadas, na forma da lei.

Para os fins propostos no presente estudo, é relevante destacar apenas alguns dos incisos do art. 129 da Constituição Federal. No inciso II do referido artigo extrai-se a função de defensor do povo, que nada mais é do que a atribuição de salvaguardar os anseios do povo frente à Administração Pública, isso porque esta por vezes é responsável pelo descumprimento de direitos constitucionalmente grafados. Não obstante, no inciso III do art. 129 tem-se a função de defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, alçando a patamar constitucional as funções que o Ministério Público já carregava.

No que diz respeito à tutela dos interesses transindividuais, a despeito de não ser o único legitimado ativo para a defesa destes direitos, assumiu o Ministério Público uma postura atuante, posicionando-se como verdadeiro protagonista. Assim, seja na posição de autor, seja como fiscal da lei, incumbe ao Ministério Público se manifestar na defesa dos direitos transindividuais. Ocorre que, em decorrência lógica da previsão constitucional, é possível inferir que a atuação do Ministério Público somente se justifica quando o conflito jurídico versar sobre tema que guarde compatibilidade com a suas finalidades institucionais.

Deste modo, é prudente alertar que a necessidade de atuação do Ministério Público prescinde do reconhecimento da indisponibilidade do interesse vindicado em alguns casos, uma vez que existem interesses aprioristicamente tidos como disponíveis que carecem da fiscalização do *parquet*, dada relevância social destes.

Não obstante, se o interesse disponível qualificado pela pertinência aos interesses da coletividade merece a intervenção ministerial, com mais razão ainda o Ministério Público deverá atuar em prol dos interesses parcialmente indisponíveis. Isso porque pode ser que tais interesses se manifestem como parcial ou totalmente indisponíveis, de modo que a sua mensuração irá determinar a possibilidade de transação.

Outrossim, não se deve olvidar que a ideia de atuação não se resume à atuação processual, isto é, ainda que em alguns casos seja necessária a perquirição do interesse metaindividual pela via judicial, não faz mais sentido acreditar que esta seja a única via, pois há muito não se concebe o Ministério Público como mero

demandista judicial. Em outras palavras, compreende-se que a atividade do Ministério Público não se esgota na atuação processual, haja vista ser dotado de múltiplas funções de âmbito extrajudicial.

Assim, se em nenhum outro momento se concedeu tamanha visibilidade ao Ministério Público, não há outra ilação a ser formulada senão a de que a própria sociedade é quem clama pela assunção do papel de protagonista na defesa dos interesses transindividuais pelo Ministério Público, já que a postura retrógada de traço individualista e reduzida à postulação em juízo não mais se coaduna com os anseios da sociedade contemporânea.

Por derradeiro, conclui-se que o termo de ajustamento de conduta, um dos instrumentos extrajudiciais que possui o Ministério Público, deve ser utilizado amplamente, pois o seu manejo garante maior eficiência em sua atuação, posto que somente com uma postura proativa e atenta aos anseios sociais é que o Ministério Público cumprirá as atribuições constitucionais que lhe foram conferidas.

3. O termo de ajustamento de conduta

3.1. Origem

O termo de ajustamento de conduta tem origem no Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90), em seu artigo 211. Ainda que de grande importância, o instrumento previsto neste estatuto visava à proteção dos direitos coletivos nele abarcados.

Posteriormente, através do art. 113 da lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que adicionou o § 6º ao artigo 5º da lei 7.347/85, o termo de ajustamento de conduta foi introduzido no ordenamento jurídico para abranger de forma geral a tutela dos interesses transindividuais.

Quanto à previsão legal, além das leis acima expostas, o TAC encontra guarida na lei 8.884/94, responsável pela prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, no art. 876 da Consolidação das Leis do Trabalho e na lei 9.605/98, que trata das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Ocorre que a gênese propriamente dita do termo de ajustamento de conduta não é o aspecto de maior relevância a ser analisado neste ponto, e sim o contexto em que a sociedade se encontrava. Naquela época a sociedade brasileira já podia ser considerada como sociedade de massas, entretanto, o ordenamento jurídico ainda carecia de meios totalmente aptos a amparar os interesses difusos e coletivos.

Como se viu, o termo de ajustamento de conduta não surgiu com a edição da lei da Ação Civil Pública, lei 7.347/85, até mesmo porque neste período ainda não se vislumbrava a efetividade das tomadas de decisões em âmbito extrajudicial para a solução das crises jurídicas envolvendo interesses transindividuais.

O compromisso de ajustamento de conduta somente despontou em outro contexto, qual seja, o de redemocratização das instituições no Brasil e de renovações ideológicas no campo da ciência processual, visto que se percebeu que a cultura judicialista (e individualista) até então vigente era insuficiente para tutelar os interesses da coletividade. Deste modo, é possível concluir que o instrumento ora analisado guarda relação direta com os princípios do Estado Democrático de Direito (RODRIGUES, 2011, p. 85).

Neste diapasão, impende notar que o Código de Defesa do Consumidor ocupou papel de destaque nesta fase, na medida em que estabeleceu novas diretrizes de acesso à justiça ao renovar a lei da ação civil pública. Ademais, é evidente que, ao garantir o acesso à justiça não somente aos consumidores, o CDC não poderia se exaurir na tutela dos interesses destes pela via judicial.

Convém destacar, ainda, as palavras de Geisa Assis Rodrigues ao tratar da renovação promovida pelo CDC na proteção dos interesses transindividuais (RODRIGUES, 2011, p. 86):

Essa renovação não se limitou ao aperfeiçoamento da esfera judicial de proteção desses direitos. Ao prever o compromisso de ajustamento de conduta, a lei de consumo concebeu instituto de proteção extrajudicial de direitos metaindividuais, ampliando o sistema de garantia desses direitos.

Cumpra asseverar que dois fatores que antecederam o TAC foram de suma importância para a sua introdução em nosso ordenamento, quais sejam, a possibilidade de composição judicial nas ações coletivas, bem como a valoração da atuação administrativa do Ministério Público em sede de inquérito civil público, no exercício de suas atribuições constitucionais.

Neste sentido, conclui-se que o TAC surgiu como meio hábil de acesso à justiça, já que é instrumento extrajudicial de pacificação de conflitos que afetam direitos transindividuais, em que se confere ao Ministério Público, e aos demais legitimados extraordinários, a possibilidade de celebração de acordo que tenha como objeto a tutela de direitos indisponíveis. Pode-se dizer que o termo de ajustamento de conduta é garantia mínima à coletividade de lesados.

Não obstante, conforme entendimento exarado por Geisa Assis Rodrigues, graças às peculiaridades existentes no microssistema processual coletivo pátrio, assentou-se que o TAC não se inspirou em algum instrumento presente no direito estrangeiro. Isso porque, apesar de existirem instrumentos semelhantes ao TAC, nenhum deles se identifica plenamente com o termo de ajustamento de conduta previsto em nosso ordenamento, mormente quanto à extensão e eficácia (RODRIGUES, 2011, p. 94).

3.2. Natureza jurídica

Conforme prevê o § 6º do art. 5º da lei de ação civil pública, “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento

de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. De antemão já é possível extrair que o instituto possui eficácia de título executivo extrajudicial.

Além disso, para os fins buscados no presente estudo, é de grande valia a análise da natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta, vez que somente a partir disso será possível estabelecer eventuais limitações do TAC, bem como o seu alcance na proteção dos direitos transindividuais, especialmente no que diz respeito às ações de improbidade administrativa.

Ab initio, é necessário frisar que para sobre o termo de ajustamento de conduta uma discussão acerca de sua natureza jurídica. Não se objetiva, todavia, através da presente exposição trazer à baila todas as classificações encontradas na doutrina, apresentando tão somente os posicionamentos tidos como mais relevantes acerca do instituto. Convém salientar, ainda, que o entendimento doutrinário se divide basicamente em dois grupos, a seguir delineados.

O primeiro posicionamento é o dominante, e concebe o TAC como uma espécie de transação limitada à forma de se cumprir o dever jurídico. Isso porque possui características próprias, o que o distingue do instituto da transação propriamente dita, pois nesta o objeto, via de regra, é de cunho patrimonial e disponível (RODRIGUES, 2011, p. 123).

Como representante deste segmento da doutrina é possível citar Edis Milaré (2011, p. 383) que assevera que o compromisso de ajustamento de conduta tem “natureza jurídica de transação, consistente no estabelecimento de certas regras de conduta a serem observadas pelo interessado, incluindo a adoção de medidas destinadas à salvaguarda do interesse difuso atingido”.

Noutro giro, a segunda parcela da doutrina é mais heterogênea, na medida em que se diversifica ao classificar o TAC como espécie de ato ou negócio jurídico. Todavia, os doutrinadores representantes desta segunda parcela tem entendimento convergente ao negar ao TAC o caráter de transação em razão da natureza indisponível dos interesses protegidos.

Para Mazzilli o TAC não é contrato, espécie de negócio jurídico, já que o legitimado não é titular do direito transindividual. Além disso, rechaça a compreensão de que o TAC seria transação do Direito Civil, apesar de admitir sua natureza consensual e bilateral. Assim, o compromisso de ajustamento de conduta

de acordo com Hugo de Nigro Mazzilli é um ato negocial, conforme se extrai a seguir (2007, p. 385):

É ato administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete, exceto, implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título.

Por sua vez, cabe enunciar a preciosa contribuição de Geisa Assis Rodrigues, que também rechaça a interpretação do TAC como transação, haja vista a inexistência de disposição recíproca sobre o conteúdo do compromisso. Merece destaque a sua lição (2011, p. 130):

Repise-se que não há no ajustamento de conduta, e é isso que é fundamental, a existência de concessões recíprocas. O obrigado se compromete a cumprir uma conduta, que pode ter um conteúdo variado, consubstanciando uma obrigação de não fazer, de fazer, de entregar coisa, de reparar, ou evitar um dano. Esse é o reconhecimento fundamental do compromisso de ajustamento de conduta, ou seja, a aceitação de que se deve adotar um determinado comportamento para que seu agir atenda às exigências legais. Por isso é que esse reconhecimento quase sempre está baseado numa compreensão, implícita ou explícita, da irregularidade do agir pretérito ou vindouro, e a necessidade de se assumir uma conduta compatível com a legalidade.

Para firmar seu entendimento a respeito da natureza jurídica do compromisso, apregoa Geisa Assis Rodrigues (2011, p. 138):

Consideramos ser o ajustamento de conduta um negócio jurídico da Administração, e não um negócio jurídico administrativo, em que a Administração esteja em uma posição superior ao administrado. Conforme já verificamos, o ajustamento de conduta é meio de se garantir a prevenção do dano ou sua reparação no âmbito civil, e por isso não tem sentido imaginar que o legitimado ativo, pela sua natureza de órgão público, possa estar em uma situação de superioridade desmedida. Há, decerto, uma submissão do obrigado, que ameaçava ou violava o direito transindividual ao cumprimento de uma conduta definida pelo Órgão público, não por suas qualidades intrínsecas, mas por estar este defendendo os direitos transindividuais.

O Superior Tribunal de Justiça adotou postura semelhante no julgamento do Recurso Especial 596.764-MG, pois, ao afastar a tese de direito subjetivo do particular para assinar o TAC, apontou que o legitimado extraordinário, além de não poder obrigar qualquer pessoa a assinar o termo, não está vinculado a propô-lo, ainda que o causador do dano queira.

Na ocasião, a despeito de não ter se manifestado acerca da natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta propriamente, o STJ atribuiu a este a

qualidade de acordo semelhante ao instituto da conciliação, dependente da convergência de vontades entre as partes pactuantes.

3.3. Legitimidade para a celebração do TAC

No que diz respeito à legitimação para a tutela dos interesses transindividuais, vige em nosso ordenamento jurídico o critério da legitimação concorrente e disjuntiva, conforme anota José Carlos Barbosa Moreira (*apud* RODRIGUES, 2011, p. 139), já que o legislador preferiu elencar os legitimados ativos, que podem atuar isoladamente ou mediante litisconsórcio voluntário.

São legitimados ativos o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as fundações públicas, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as associações, sendo que estas dependem de alguns requisitos previstos em lei para se imiscuírem em juízo na proteção dos direitos transindividuais.

Por sua vez, especificamente acerca da legitimação para a celebração do termo de ajustamento de conduta, o legislador preferiu adotar postura mais prudente, visto ter optado no parágrafo 6º do artigo 5º da lei 7.347/85 por restringir o rol de legitimados, autorizando a tomar o termo de ajustamento de conduta os “órgãos públicos legitimados”. Vê-se, destarte, que os legitimados para o TAC não se igualam àqueles legitimados para propor a ação principal e cautelar, conforme disposição do *caput* do artigo 5º da lei supracitada.

Neste diapasão, verifica-se, ainda, a necessidade de se determinar o alcance da expressão “órgãos públicos” com vistas a solucionar eventuais questionamentos acerca da legitimidade na consumação do termo de ajustamento de conduta. Conforme nos ensina Maria Sylvia Di Pietro (2014, p. 590), é possível definir órgão público como sendo “uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado”.

Cumprе ressaltar que tradicionalmente se entende órgão público como um ente sem personalidade jurídica. Contudo, na lei 7.347/85 a expressão deve ser interpretada de maneira ampla, de modo a abranger também os entes dotados de personalidade jurídica. A meu ver, independentemente de ser provido ou não de personalidade jurídica, o mais importante é verificar se o ente prestes a celebrar o compromisso está atuando conforme a vontade do Estado.

Assim, entende-se, inequivocamente, que possuem legitimidade para celebrar o compromisso o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as autarquias e fundações públicas, as entidades e os órgãos da administração pública direta ou indireta, providos ou não de personalidade jurídica, especificamente responsáveis pela defesa dos direitos amparados no CDC.

Cumprе salientar, entretanto, que existe certa celeuma doutrinária a respeito da legitimidade das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Para Fernando Gajardoni (2012, p. 85) a natureza de direito privado destas, por si só, já seria elemento suficiente a afastar a possibilidade de firmarem o compromisso. Por sua vez, Edis Milaré (*apud*, RODRIGUES, 2011) apregoa que o legislador somente afastou a legitimidade das associações, admitindo, inclusive, a legitimidade dos entes paraestatais por terem, em última análise finalidade pública.

Geisa Assis Rodrigues (2011, p. 143) tem preciso posicionamento acerca deste ponto, *in verbis*:

Na verdade, também para efeitos de celebração de ajustamento de conduta, vale a distinção entre as sociedades de economia mista e as empresas públicas prestadoras de serviços públicos e as exploradoras de atividade econômica. As prestadoras de serviços podem ter, entre suas atividades, a celebração de ajustamento de conduta, sendo que as exploradoras do domínio econômico não poderiam ter essa atribuição.

Por fim, as associações civis também são ilegítimas para firmar o compromisso, ainda que tenham implementado o requisito de terem sido constituídas há pelo menos um ano e atuem em busca de suas funções institucionais, já que é a natureza jurídica de direito privado que as privam de serem incluídas no rol de “órgãos públicos”. Não estão autorizados, ainda, os entes pertencentes ao terceiro setor, tais como as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPS) (RODRIGUES, 2011, p. 153).

A despeito de o rol de legitimados ser extenso, não se pode olvidar que tal como ocorre na propositura da ação coletiva, a celebração do TAC somente se justifica pela demonstração da pertinência temática entre as funções institucionais do ente público e o objeto do termo de ajustamento de conduta. Como exemplo tem-se a legitimação da Defensoria Pública em TAC que verse sobre direitos de pessoas necessitadas.

Quanto ao papel de obrigado no compromisso de ajustamento de conduta, o rol de legitimados também é farto, uma vez que podem figurar nesta posição as pessoas naturais, as pessoas jurídicas de direito privado e de direito público, bem como os órgãos públicos carecedores de personalidade jurídica e as pessoas morais, como a massa falida.

Impende notar, por fim, que a restrição feita pelo legislador quanto à celebração do termo de ajustamento de conduta não se estende aos legitimados para a sua execução. Deste modo, qualquer legitimado à propor a ação civil pública poderá executar o termo de ajustamento de conduta cujo objeto seja o mesmo da ação de conhecimento que viria a ser proposta, desde que haja observância da pertinência temática. Não obstante, o papel do Ministério Público, neste caso, à luz de suas funções institucionais é garantir a execução do título em caso de inércia dos outros colegitimados.

3.4. Forma e objeto

O termo de ajustamento de conduta pode versar sobre qualquer obrigação vinculada à preservação ou à reparação de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Como se trata de legitimação extraordinária, não pode o compromissário relativizar a recomposição necessária, isto é, o ente público não está autorizado a abdicar do conteúdo do compromisso.

Deste modo, o instituto deverá delimitar a ação ou omissão que deu azo à sua celebração, bem como a dimensão do dano existente ou em potencial, a fim de atribuir transparência às obrigações firmadas. Além disso, o compromisso poderá veicular apenas o modo, o lugar e o tempo no qual o dano ao interesse transindividual deve ser reparado ou a ameaça ser afastada, na sua integralidade. Deve, ainda, ser necessariamente escrito, inadmitindo-se a possibilidade do compromisso tácito ou verbal (MASSON, ANDRADE e ANDRADE, 2013, p. 221).

3.5. Momento de celebração e eficácia

No que tange ao momento de celebração do compromisso de ajustamento de conduta, advertem Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2013, p. 993) que “muito embora a lei da ação civil pública só se refira ao ajustamento de

conduta extrajudicial, nada impede a sua celebração durante a própria relação processual, quando em curso ação em defesa do interesse difuso”.

Assim, quando tomado na primeira hipótese assume o termo de ajustamento de conduta a forma de título executivo extrajudicial, a teor do que dispõem os arts. 585, VII, Código de Processo Civil c./c. art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85. Por sua vez, quando celebrado em juízo o TAC se manifesta como título executivo judicial, mediante interpretação extensiva do art. 475-N, III, CPC, sendo que a pactuação descambará em homologação pelo magistrado e, por conseguinte, a extinção do processo com julgamento de mérito, nos moldes do art. 269, II, CPC, ou mesmo do art. 269, III, caso se entenda o compromisso de ajustamento de conduta como transação.

Contudo, quando a celebração do compromisso se der no curso do inquérito civil haverá um controle externo feito pelo Conselho Superior do Ministério Público, ou de órgão que tenha a mesma função no caso de celebração por outro colegitimado. Neste caso, é condição de eficácia do TAC a sua homologação por parte do Conselho Superior do Ministério Público, órgão que, pela sistemática legal, atua como fiscal do princípio da obrigatoriedade da atuação Institucional (GARCIA e ALVES, 2013, p. 994).

Em sentido diverso posicionam-se Geisa Assis Rodrigues (2011, p. 185-186) e Hugo Nigro Mazzilli (2007, p. 395), que afirmam, em síntese, que a eficácia do ajustamento de conduta se inicia a partir do instante em que é tomado pelo órgão público legitimado.

Quando o TAC for firmado em sede de procedimento administrativo investigatório, ao Conselho Superior do Ministério Público caberá homologar e determinar o arquivamento do inquérito civil, julgando satisfatório o TAC, ou, caso entenda em sentido diverso, determinar a propositura da ação coletiva. Geisa Assis Rodrigues analisa os prejuízos que poderiam surgir caso se admitisse a necessidade de homologação do Conselho Superior do Ministério Público para o início da produção de efeitos do compromisso de ajustamento de conduta (RODRIGUES, 2011, p. 186):

Ora, na prática, logo após a celebração do ajuste as suas medidas começam a surtir efeito e é ideal que assim o seja, porque a delonga natural para a apreciação da deliberação em ajustar pelo Conselho Superior poderia importar em comprometimento do objetivo do ajuste. A burocratização excessiva da atividade de composição de

litígios é absolutamente contraproducente, e insensível aos valores cuja proteção é reclamada no ajuste.

Assim, entende a autora que a despeito de o controle externo feito pelo Conselho Superior do Ministério Público ser de extrema relevância, não tem este o condão de suspender a eficácia do avençado, sendo o compromisso de ajustamento de conduta, portanto, instrumento que produz efeitos imediatos na esfera dos pactuantes.

4. A lei de improbidade administrativa

4.1. Abordagem geral

A lei de improbidade administrativa (lei 8.429/92) pode ser considerada atualmente um dos principais meios de defesa do patrimônio público, da moralidade e da eficiência na administração dos recursos públicos. Como não se trata propriamente do foco do presente estudo, decidiu-se por abordar genericamente a referida lei, abalizando tão somente os aspectos mais relevantes aos fins ora propostos.

Em sua sistematização, a lei de improbidade administrativa estabelece os sujeitos ativos (arts. 1º a 3º), os atos de improbidade (arts. 9º ao 11), as sanções, que tem natureza civil e política, (art. 12), seu procedimento administrativo e judicial, onde se insere a vedação à transação (arts. 14 ao 18), a previsão de ilícito penal (art. 19), bem como a previsão acerca da prescrição para a propositura da ação judicial (art. 23).

Apesar de ter se inspirado no exemplar tratamento dado pela Constituição Federal, que em seu art. 37, § 4º previu a punição dos atos ímprobos através da suspensão dos direitos políticos, da perda da função pública, indisponibilidade de bens e do ressarcimento ao erário, a lei de improbidade não apresentou um conceito para tais atos, deixando à cargo da jurisprudência e da doutrina tal função.

Assim, apesar de persistirem algumas variações, destacam-se os posicionamentos doutrinários que concebem a probidade administrativa como conceito mais abrangente do que o de moralidade, conforme se depreende da lição de Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2014, p. 20):

Entendemos que, no Direito positivo, a improbidade administrativa não se confunde com a imoralidade administrativa. O conceito normativo de improbidade administrativa é mais amplo que aquele mencionado no léxico. A imoralidade acarreta improbidade, mas a recíproca não é verdadeira. Vale dizer: nem todo ato de improbidade significa violação ao princípio da moralidade.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro diverge sutilmente do entendimento anteriormente exposto, pois assevera que a moralidade e a probidade se equivalem quando analisadas como princípios, entretanto, quando se trata de improbidade como ato ilícito, esta é mais abrangente e precisa que a moralidade,

haja vista englobar não somente os atos desonestos ou imorais, mas, principalmente, os ilegais (PIETRO, 2014, p. 901).

No que tange aos atos de improbidade, a lei 8.429/92 preferiu adotar termos genéricos para a configuração dos atos ímprobos, dividindo-os em três categorias distintas, quais sejam, os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os atos de improbidade que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Os atos a que se refere o art. 9º são aqueles em que o agente, em razão do cargo, mandato, função ou emprego público, angaria, dolosamente, vantagem patrimonial indevida, ilícita. Para a configuração desta modalidade de atividade ímproba não é necessária a configuração de dano ao erário, tão somente da percepção da vantagem ilícita por parte do agente (PIETRO, 2014, p. 903).

Por sua vez, ao tratar dos atos que importam em lesão ao erário, o art. 10, aparentemente, admitiu de forma expressa a sua tipificação também na modalidade culposa. No entanto, paira sobre esta modalidade de improbidade administrativa verdadeira celeuma doutrinária e jurisprudencial, o que compromete a efetividade da lei, conforme se estudará em fragmento específico do presente estudo.

Com efeito, a tipologia mais abrangente para os atos de improbidade administrativa foi alocada no art. 11 da lei 8.429/92, que abarcou os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública. É prudente dizer que a despeito de a lei ter elencado sete modalidades destes atos nos incisos do art. 11, o *caput* confere maior proteção ao inserir nesta modalidade qualquer ação ou omissão que vá de encontro aos princípios da administração pública ou viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

O art. 11 da lei de improbidade, portanto, nada mais é do que verdadeira cláusula de reserva, visto que será aplicado de maneira residual em todas as hipóteses em que a conduta ímproba desrespeitar os princípios da Administração Pública e não se enquadrar nas demais tipificações, consoante ensinam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2013, p. 459):

Ainda que a conduta não tenha causado danos ao patrimônio público ou acarretado o enriquecimento ilícito do agente, será possível a configuração da improbidade sempre que restar demonstrada a inobservância dos princípios regentes da atividade estatal.

Contudo, o que se evidencia na prática é que algumas condutas que a princípio estariam abarcadas pelo art. 11 da lei de improbidade administrativa não são sancionadas, seja pelo valor pecuniário reduzido dos efeitos gerados pela conduta irregular, seja pela verificação, no caso concreto, de que a aplicação das sanções previstas na lei se manifestaria como desarrazoada, o que gera, às vezes, o esvaziamento da efetividade da lei 8.429/92.

4.2. A eficiência da lei de improbidade

O Brasil ocupa atualmente a 72ª posição, em um total de 177 países, na listagem da corrupção no setor público, conforme ranking publicado pela ONG Transparência Internacional (2013). Como critérios para aferição do grau de corrupção no setor público considerou-se, dentre outros fatores, a transparência e o controle social.

Noutro passo, no recente estudo feito pelo Índice de Confiança na Justiça Brasileira (ICJBrasil) e publicado pela Fundação Getúlio Vargas (CUNHA, BUENO, *et al.*, 2014, p. 22), consta informação de que, no ano de 2013, 32% das pessoas entrevistadas consideravam o Poder Judiciário confiável ou muito confiável. O Ministério Público foi considerado confiável ou muito confiável por 48%, enquanto o Governo Federal, o Congresso Nacional e os Partidos Políticos angariaram índices de confiabilidade de 31%, 17% e 6%, respectivamente.

No que tange ao grau de eficiência do Judiciário, consoante relatório disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça no estudo denominado “Justiça em Números”, em 2013 mais de 95 milhões de ações tramitaram no Judiciário nacional, sendo que o número de ações cresceu, uma vez que o *quantum* de novas ações foi maior do que o número de processos concluídos, pois se intentaram 28,3 milhões de novas ações, enquanto 27,6 milhões de processos judiciais se findaram (CNJ, 2014, p. 35).

Especificamente a respeito das ações de improbidade, importa notar que mesmo depois de o CNJ ter fixado a meta 4 de 2014, cujo objetivo é a priorização das ações de improbidade administrativa e as ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública, o resultado ainda é falho.

O objetivo de tal meta era julgar na Justiça Estadual, na Justiça Militar da União e nos Tribunais de Justiça Militar Estaduais todas as ações de improbidade

administrativa distribuídas até 31 de dezembro de 2012, enquanto na Justiça Federal e no STJ o objetivo era julgar 100% das ações de improbidade administrativa distribuídas até 31 de dezembro de 2011, e 50% das ações distribuídas em 2012.

Apesar das providências adotadas, o deslinde destas ações ainda está muito aquém do devido, sendo possível exemplificar o fato de que somente 43,31% das ações de improbidade distribuídas até dezembro de 2012 na Justiça Estadual foram julgadas (Metas Nacionais 2014 - Resultados Parciais - CNJ, p. 17).

Ora, é evidente que todos os elementos não podem ser analisados em apartado, uma vez que a credibilidade das instituições está umbilicalmente relacionada ao bom trato da máquina estatal por parte daqueles que a integram sob qualquer título. Ademais, o ambiente cada vez mais fértil de demandas judiciais colabora para que a reprimenda dos agentes desonestos se torne morosa e, por vezes, ineficaz.

Caso a lógica aritmética supracitada se mantenha, e é esta a tendência, pois ano após ano as ações judiciais se multiplicam, fatalmente as ações de improbidade demandarão maior prazo para serem julgadas, o que somente colabora para o decréscimo da confiabilidade atribuída aos atores públicos, que, em última análise, em nada contribui para a redução da corrupção em solo nacional.

Resta patente, portanto, que os esforços empreendidos historicamente visando o maior controle social e organização da administração pública não podem ser entendidos como totalmente proveitosos. Apesar de a legislação ter atribuído efetividade à norma prevista no art. 37, § 4º da Constituição Federal, constata-se que a maneira como são tratados os atos de improbidade administrativa hodiernamente não é exitosa a ponto de eliminar, ou ao menos conter substancialmente tais atos indesejados.

Nesta toada, merece destacar que são muitos os fatores que contribuem para a dificuldade de se avançar na batalha contra a improbidade administrativa. O primeiro fator reside nas celeumas doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da melhor interpretação da lei. Aliás, trata-se, em verdade, de consectário, pois a causa do problema é a deficiência na técnica legislativa. Como exemplo disso é possível apontar as discussões atinentes aos atos ímprobos culposos.

Outro empecilho à efetividade das ações de improbidade administrativa se manifesta através da demora decorrente do exercício das garantias processuais.

Certo é que ao tratar da forma processual, imperiosa é a análise abalizada pela prudência, vez que a perspectiva atual da ciência processual preconiza justamente o efeito do processo na vida das pessoas, de modo que muitas destas garantias encontram respaldo constitucional e se manifestam como direitos fundamentais, como é o caso do direito ao contraditório, previsto no inciso LV do art. 5º do texto constitucional.

No entanto, a tempestividade da justiça também é concebida como garantia fundamental, haja vista estar grafada no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal. Deste modo, tratando-se de ato ímprobo, é evidente que a duração razoável do processo passa a ser revestida do interesse social no desfecho da demanda. Neste sentido, cumpre colacionar a abordagem de Luiz Guilherme Marinoni (2002, p. 44-45) a respeito das dificuldades de se garantir a tempestividade do provimento jurisdicional:

Atualmente seria irracional imaginar que o direito de ir ao juízo não tem como corolário o direito à tempestividade da justiça. O grande problema, na verdade, está em construir tecnologias que permitam aos jurisdicionados obter uma resposta jurisdicional tempestiva e efetiva. Isso é difícil não somente porque a necessidade de tempestividade modifica-se de acordo com as mudanças da sociedade e dos próprios direitos, mas também porque o Estado apresenta dificuldades em estruturar-se de modo a atender a todos de forma efetiva. Além disso, a jurisdição não serve apenas para atender ao autor da ação, ou seja, àquele que primeiramente a procura, mas a todos aqueles que podem estar envolvidos em um conflito de interesses narrado pelo autor; justamente por isso, é dever do juiz, antes de dar a resposta definitiva às partes, admitir todas as suas alegações e provas, e isso, como é evidente, reclama tempo, que muitas vezes pode prejudicar a parte que ao final é reconhecida como a titular do direito.

Especificamente âmbito da ação de improbidade administrativa, a doutrina e a jurisprudência dedicam-se a apurar eventuais formas de se atribuir maior celeridade no processamento, efetuando um sopesamento entre as garantias fundamentais atinentes ao processo anteriormente mencionadas.

Uma hipótese que pode ser aventada é a mitigação do direito de defesa prévia do réu, que ocorre antes mesmo de ser recebida a petição inicial, no prazo de 15 dias, em que há a possibilidade gerar o indeferimento da peça exordial. Conforme já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1233629-SP 2011/0012537-6, e em casos precedentes, “a ausência da notificação prévia tratada

no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992 somente acarreta nulidade processual se houver comprovação de efetivo prejuízo, de acordo com a parêmia *pas de nullité sans grief*”.

Há que se ressaltar que parcela da doutrina entende que inexistente justificativa plausível para a existência da defesa prévia, tal como aduz Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2014, p. 177):

Ocorre, entretanto, que também não se pode esconder ou esquecer os prejuízos advindos de tal medida. O retardamento do procedimento é o mais evidente deles, tornando o processo ainda mais demorado do que o de costume. Essa demora pode, inclusive, influenciar negativamente na colheita das provas, que poderão se perder em razão do tempo, ainda que contra isso seja viável a adoção de medidas cautelares probatórias. Por outro lado, cria-se uma duplicidade de defesas absolutamente desnecessária. Todas as matérias que o demandado pode alegar em sua defesa prévia pode ser alegada em sede de contestação.

Como se vê, atualmente a lei de improbidade administrativa não é capaz de dar solução célere ou mesmo adequada em algumas hipóteses de desvios dos agentes públicos, de modo que a doutrina se empenha na busca por medidas alternativas pertencentes ao próprio microsistema processual coletivo e já aptas a serem tomadas, bem como soluções *de lege ferenda*.

Cabe reforçar, contudo, que a atenção da doutrina por novos meios de solução de conflitos nada mais é do que a necessária busca de soluções aos óbices à efetividade do processo, onde não se busca esvaziar o papel da Jurisdição, e sim apresentar modalidade apropriada de resolução de conflitos. Neste sentido, Geisa Assis Rodrigues aponta (2011, p. 50-51):

A tendência de favorecer os modos alternativos de solução de litígios não significa, nem de longe, um movimento de privatização da Justiça. A Justiça estatal continua sendo o foro mais importante de soluções de litígios, existindo, inclusive, uma estreita relação entre os modos alternativos de solução de controvérsias e os Tribunais, principalmente porque estes, ao exercerem seu papel de definir o direito que deve prevalecer nos conflitos a eles subsumidos, emitem mensagens que irradiam para todo o sistema.

O papel dos meios alternativos de solução de conflitos é de justamente auxiliar o Judiciário, que poderá se ater aos casos em que a sua apreciação é imprescindível. Até mesmo porque a multiplicidade de ações de improbidade administrativa em curso só traz prejuízo, vez que aquelas que deveriam receber maior atenção do Poder Judiciário acabam não recebendo o tratamento necessário.

4.3. Do alcance da vedação contida no art. 17, § 1º da lei 8.429/92.

O art. 17, § 1º da lei 8.429/92 estabelece vedação expressa à transação, acordo ou conciliação nas ações civis de improbidade administrativa. Ressalte-se que existem diversos posicionamentos doutrinários a respeito da temática ora examinada, consoante se verá adiante. No entanto, é preciso, inicialmente, realçar o que se entende como transação, acordo e conciliação.

O instituto da transação, regido pelo art. 840 e seguintes do Código Civil, pode ser definido como espécie autocomposição em que os conflitantes fazem concessões mútuas e solucionam o conflito. Por sua vez, na conciliação há a figura de um terceiro interveniente (conciliador), que não tem poderes decisórios e atua na influência dos ânimos das partes na solução negociada (NEVES, 2013, p. 56-60). Não obstante, o termo conciliação encontra guarida nos arts. 447 do CPC, em que há menção expressa à direitos patrimoniais disponíveis, o que evidentemente não é o caso do objeto da ação de improbidade.

Já o acordo pode ser visto mais como consectário da conciliação do que modalidade de solução negociada, como se infere da leitura do art. 448 do CPC, *in fine*, que determina que “chegando a acordo na conciliação, o juiz mandará toma-lo por termo”. O acordo, portanto, manifesta-se como resultado da conciliação.

Passada a abordagem inicial da norma proibitiva ora analisada, calha examinar a sua interpretação pela doutrina e jurisprudência, confrontando tais posicionamentos, sobretudo no que tange à possibilidade de celebração do termo de ajustamento de conduta, judicial e extrajudicialmente.

Neste sentido, destaca-se que, ao tratar do momento da introdução do compromisso de ajustamento de conduta em nosso ordenamento jurídico, Hugo Nigro Mazzilli afirma que, embora a lei n. 8.429/92 viesse a vedar a transação nas ações de improbidade, de modo diverso, na defesa de interesses transindividuais em geral, o legislador atuou no sentido de viabilizar a composição extrajudicial da lide (MAZZILLI, 2007, p. 377). Ocorre que, a despeito de neste ponto o autor ter deixado a entender que o TAC equivale à transação e, portanto, não é admissível para casos de improbidade administrativa, curiosamente, ao tratar de sua natureza jurídica, Mazzilli não o equipara à transação, conforme visto no item 3.2 do presente estudo.

Nada obstante, Marino Pazzaglini Filho manifesta seu entendimento no sentido de que, ao revés do que ocorre nas ações coletivas em geral, na lei de improbidade inexistia a possibilidade de transação ou formulação de compromisso de ajustamento de conduta, pois, do contrário restaria frustrada a persecução civil e sancionamento da conduta (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 205).

Contudo, o próprio autor ressalva as hipóteses de submissão em que o autor da ação (Ministério Público ou pessoa jurídica lesada) postular exclusivamente visando restituição integral da vantagem patrimonial auferida, no caso de ato que importe em enriquecimento ilícito, ou hipótese de reparação integral de ato lesivo ao erário. Assim, entende-se para o referido autor não há possibilidade de resolução extrajudicial dos atos de improbidade (PAZZAGLINI FILHO, 2009, p. 205-206).

Com efeito, Wallace Paiva Martins Junior e Nilo Spínola Salgado Filho asseveram que a lei 8.429/92 não transige com a indisponibilidade do interesse público consistente na punição de atos atentatórios à moralidade administrativa, conforme explorado adiante (2012, p. 3):

Em outras palavras, os legitimados ativos (Ministério Público e pessoa jurídica interessada) não estão habilitados a celebrar composição em face de ato de improbidade administrativa como também os magistrados não podem homologar atos do mesmo jaez. A lei expressamente proíbe. E a razão disso se encontra no § 4º do art. 37 da Carta Magna que determina a punição dos atos de improbidade administrativa. Di-lo a Constituição de maneira impositiva: “Os atos de improbidade administrativa importarão...”. Trata-se dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade do exercício do direito de ação. Corolário é que o legitimado ativo ao promover a respectiva ação (civil pública) não pode escolher (porque lhe é indisponível) dentre as sanções legais do art. 12 da Lei n. 8.429/92 aquela que entenda mais acertada, razoável ou proporcional à espécie. A aplicação cumulativa ou isolada de suas sanções é reservada exclusivamente ao magistrado, como se infere do art. 12, *caput*, da Lei n. 8.429/92 na redação dada pela Lei n. 12.120/09. Portanto, não pertence ao Parquet o juízo de razoabilidade ou proporcionalidade das sanções da improbidade administrativa no aforamento da ação civil pública.

Nada obstante, suscitam duas hipóteses em que haveria a possibilidade de celebração do compromisso de ajustamento de conduta, quais sejam, a de que o *parquet* na apuração de ato ímprobo perceber que houve tão somente simples irregularidade ou ilegalidade desprovidas da conotação de improbidade, ou, ainda, no caso de se verificar a prescrição das sanções de improbidade à exceção do imprescritível ressarcimento do dano. Nesses casos o TAC versará sobre

adequação da conduta e cessação da atividade nociva (SALGADO FILHO e MARTINS JUNIOR, 2012, p. 4).

Por seu turno, entende Daniel Amorim Assumpção Neves que a regra prevista no § 1º do art. 17 da LIA, em verdade, é aplicável a todo microssistema processual coletivo, vez que nos conflitos que versam sobre interesses metaindividuais os representantes da coletividade possuem legitimação extraordinária, e como não titularizam os direitos indisponíveis que motivam suas atuações, não estão autorizados a transacionar sobre tais (NEVES, 2012, p. 403-404):

Apesar da inexistência de norma nesse sentido nas leis que regulamentam as demais ações coletivas, acredito que essa seja regra aplicável a todas. Primeiro, porque o direito material discutido nessas espécies de ação é indisponível. Segundo, porque os legitimados ativos a defendê-los em juízo não são os titulares do direito. No caso específico da ação de improbidade administrativa, na qual se tutelam o patrimônio público e a moralidade administrativa, é natural que não se admita a transação desses valores.

Depreende-se, deste modo, que para o supramencionado autor não há distinção entre a norma jurídica analisada e as vedações já impostas aos colegitimados ativos nas demais ações coletivas. Não obstante, destaca Daniel Assumpção que assim como ocorre na proteção dos direitos coletivos *lato sensu*, o TAC na lei de improbidade não poderia ter como objeto o direito material tutelado, mas tão somente a forma, o modo e os prazos de cumprimento de tais obrigações. Assim, desde que não se transacione acerca das sanções previstas no art. 12 da lei 8.429/92, há a possibilidade de celebração do compromisso de ajustamento de conduta (NEVES, 2012, p. 404).

No mesmo sentido é a lição de Geisa Assis Rodrigues, que ao abordar o tema cita o art. 364 do manual do promotor do Ministério Público de São Paulo para concordar que se tratando de ato de improbidade administrativa, o acordo deverá abarcar a integral reparação dos danos, sendo vedada transação das demais sanções previstas no art. 12 da lei nº 8.429/92. Portanto, no caso concreto o Ministério Público estaria autorizado a obter a reparação integral do dano ao erário público em sede extrajudicial (RODRIGUES, 2011, p. 163-164).

Sob a mesma diretriz encontra-se o posicionamento de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., que admitem a possibilidade de solução negociada no tratamento despendido aos atos de improbidade administrativa, desde que restrita à reparação

dos prejuízos ao erário. Com efeito, é útil verificar que os autores entendem que a conciliação no âmbito da improbidade administrativa se mostra razoável sempre que a pretensão reparatória for compatível com as demais ações coletivas (DIDIER JR. e ZANETI JR., 2013, p. 341):

Convém lembrar, no entanto, que não é possível conciliação na ação de improbidade administrativa (art. 17, § 1º, da Lei Federal nº 8.429/92). A regra merece ser aplicada com certo temperamento. Não se vê razão para impedir conciliação, no processo de improbidade administrativa, no que disser respeito à reparação dos prejuízos ao Erário. Impedir a conciliação, nestas situações, é criar um grande e desnecessário embaraço para a efetividade da tutela coletiva, máxime quando se sabe que, em muitas situações, o prejuízo ao Erário não é de grande monta e o pagamento da indenização em parcelas, por exemplo, acaba por revelar-se uma forma eficaz de adimplemento da dívida. É possível, inclusive, estabelecer a seguinte diretriz hermenêutica: sempre será possível a conciliação no processo de improbidade administrativa em relação aos pedidos que poderiam ter sido formulados em processos coletivos comuns (ação civil pública ou ação popular, v. g.), de que serve de exemplo exatamente o pedido de reparação dos prejuízos.

Evidencia-se que os posicionamentos acima mencionados são inflexíveis ou moderadamente maleáveis quando da análise do art. 17, § 1º da lei 8.429/92, seja pela acomodada interpretação literal ou mesmo por receio de que a adoção de meios alternativos descambe em novos atos desonestos justamente no procedimento que tem como foco a sua eliminação e sancionamento (PINHO e FARIAS, p. 26).

Como é cediço, não há nada que impeça a celebração do compromisso de ajustamento de conduta na via judicial. E diante dos posicionamentos doutrinários pouco flexíveis acima apontados, conclui-se que é justamente na via judicial que o TAC se mostraria mais atraente ao agente ímprobo. Isso porque nas hipóteses aventadas a celebração do compromisso de ajustamento de conduta antes da propositura da ação ou mesmo antes da prolação da sentença poderia gerar a compreensão de reconhecimento, ao menos implícito, da conduta irregular por parte do agente.

Ocorre que mesmo prevalecendo este posicionamento prudente, é possível extrair da doutrina outras hipóteses em que o termo de ajustamento de conduta se manifesta como meio suficientemente adequado na proteção dos interesses da coletividade, a seguir detalhadas.

4.4. O TAC preventivo

Como se trata de meio extrajudicial de solução de conflitos, o termo de ajustamento de conduta possui viés notadamente preventivo, uma vez que a sua adoção em fase pré-processual faz desaparecer o interesse na propositura da ação coletiva. Assim, em sua própria teleologia o termo de ajustamento de conduta detém caráter de instrumento preventivo.

Outrossim, não se deve olvidar que em se tratando de interesses metaindividuais indisponíveis a preservação destes pode e deve ser encarada como modalidade mais satisfatória do que a própria reparação, até mesmo porque em um sem-número de ocorrências o retorno ao *status quo ante* se apresenta como tarefa demasiadamente árdua, quando não se torna impossível.

Há que se repisar, ainda, que, tendo eficácia de título executivo extrajudicial, uma vez desobedecido o termo pactuado, abre-se a possibilidade de se executar a obrigação de fazer ou não-fazer devidamente delineada no compromisso de ajustamento de conduta. Assim, ainda que a saída preventiva acabe falhando, o Ministério Público terá a seu favor um título executivo extrajudicial, o que demonstra que o TAC firmado continua sendo instrumento garantidor de solução eficiente e célere.

Com efeito, não é demais destacar que o acesso aos órgãos jurisdicionais não produzem resultados necessariamente justos e eficazes, existindo muitos fatores que não contribuem para isso, sendo um deles a demora na prestação jurisdicional, anteriormente detalhada. E quando se trata de direitos transindividuais, a espera pela prestação jurisdicional evidentemente extrapola a relação processual e encontra repouso no seio social, que almeja resultado efetivo. Assim, ainda que haja descumprimento, a resolução da lesão ao interesse transindividual terá procedimento mais célere.

Neste sentido, o termo de ajustamento de conduta deve ser visto como importante instrumento voltado a impedir a ocorrência de atos ilícitos, ou mesmo a continuidade destes, ainda que não haja, em termos empíricos, a exteriorização de dano aos interesses transindividuais (RODRIGUES, 2011, p. 110).

É de se ressaltar, ainda, que o manejo do compromisso de ajustamento de conduta sob a ótica da prevenção inaugura uma nova relação jurídica entre o potencial causador do dano e a coletividade, sendo a diretriz dessa relação o ideal

prospectivo de asseguarção dos direitos transindividuais, consoante apregoa Geisa Assis Rodrigues (2011, p. 110):

Por isso, desde que se afigure possível a ocorrência do ilícito, com ou sem a probabilidade de um dano imediato, devem os legitimados a celebrar o ajuste tentar realizá-lo, pois assim não se perde a oportunidade de proporcionar essa tutela tão desafiante para o nosso sistema jurídico. Mesmo que o ilícito ou o dano já tenha ocorrido, a função de evitar novos danos ainda é preventiva e absolutamente importante. Destarte, quando já haja um dano a direito transindividual, além da previsão da reparação deste, se possível de forma integral, deve o ajuste cumprir fielmente sua função preventiva estipulando obrigações que, se cumpridas, mitiguem a possibilidade de novos ilícitos e suas consequências.

Cumpra afirmar que a ótica de atuação preventiva do Ministério Público é destacada pela doutrina como sendo representação do modelo resolutivo de atuação funcional. Ao revés do que acontece no modelo demandista, em que a atuação ministerial se resume à postulação em juízo, o modelo resolutivo valoriza a solução do problema em menor tempo e com menor custo, primando pela consensualidade e evitando, até o limite do possível a postulação em juízo (GARCIA, 2014, p. 500).

Assim, no campo da improbidade administrativa, o compromisso de ajustamento de conduta com viés preventivo se mostra meio hábil de preservação do interesse público, desde que seja capaz de destacar a responsabilidade do agente público de modo prévio para que este, sendo diligente, evite atuar de maneira que deturpe a moralidade administrativa e viole as regras e princípios norteadores da Administração Pública.

Neste sentido, cabe apresentar a lição de Emerson Garcia (2014, p. 500)

A atuação funcional do Ministério Público, finalisticamente voltada à consecução do bem comum, alcançará padrões de eficiência que variarão consoante os instrumentos utilizados pela Instituição. A judicialização dos conflitos, efetivos ou potenciais, traz consigo os males da conhecida letargia dos órgãos jurisdicionais, vítimas de uma indescritível sobrecarga de trabalho, e de um anacrônico sistema processual, em que a solução dos conflitos é postergada até os limites mais recônditos da imaginação humana. No sistema brasileiro, popularizou-se o dito “ganha, mas não leva”. Afinal, o decurso do tempo é inimigo declarado da efetividade da tutela jurisdicional.

Acerca da releitura das atribuições do Ministério Público hodiernamente na proteção dos direitos transindividuais, é salutar apresentar o ensinamento de Geisa Assis Rodrigues (2009):

Por isso, é imprescindível que estimulemos a criação de uma verdadeira cultura da negociação no Ministério Público, porque o ajuste encerra um enorme desafio que é chegar ao sim sem fazer concessões. Em verdade, trata-se de uma negociação de um direito indisponível, que não lhe pertence. Precisamos, mais do que nunca, de um Ministério Público social, guardião da lei que supere as bitolas do maniqueísmo, e saiba contribuir para a mitigação dos dramas da sociedade contemporânea.

Com efeito, especificamente a respeito dos atos de improbidade administrativa, é necessário anotar que indubitavelmente a adoção de medidas preventivas contribui para o ideal de extirpação integral de tais atos. Isso porque as condutas ímprobas são tão indesejáveis e de complexa apuração que a acolhida de instrumentos de salvaguarda não pode ser vista como inadequada.

Assim, sendo função do Ministério Público, constitucionalmente estatuída no art. 129, II, zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Carta de 1988, se valendo das medidas necessárias para tanto, não se chega à outra ilação senão a de que a tomada de medidas preventivas encontra solo fértil na probidade administrativa.

Neste viés, é imprescindível trazer à baila a contribuição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, que a despeito de negarem a possibilidade de celebração do TAC após a ocorrência do ato ímprobo, excetuada a hipótese de a avença versar apenas sobre o modo, prazo e condições de restabelecimento integral do dano ao erário ou perda da vantagem ilícita obtida, suscitam a modalidade preventiva do TAC como adequada na proteção da moralidade administrativa.

Os referidos autores acreditam que no campo da improbidade a celebração de termo de ajustamento de conduta de cunho preventivo é salutar, mormente porque destacam a habitualidade de certos atos de improbidade, em todos os níveis federativos e em todos os Poderes. Assim, em prognóstico singelo, creem que o TAC neste caso objetivaria fazer cessar a reiteração das condutas desonestas indesejáveis. Nesta toada, têm-se os exemplos de atos de improbidade habituais apontados por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2013, p. 996):

Vejamos alguns exemplos: é prática lamentavelmente comum nas administrações públicas o “mascaramento” de contratos de compra em contratos de prestação de serviços, o que acaba por possibilitar a sua indevida prorrogação, pela administração, por até sessenta meses (art. 57, II, da Lei n. 8.666/93), frustrando-se o princípio da licitação pública, constitucionalmente consagrado (art. 37, XXI); é também comum a verificação, sobretudo em municípios do interior do País, de uma injustificável omissão na cobrança da dívida ativa do

ente federado, muitas vezes por razões políticas, caracterizando tal conduta, como se sabe, ato de improbidade administrativa (art. 10, X, da Lei n. 8.429/92); quanto aos limites legais estabelecidos com as despesas de pessoal, também é muito comum verificar o seu descumprimento sobretudo em épocas próximas a pleitos eleitorais, não obstante seja tal conduta vedada pela legislação eleitoral e pela própria Lei de Responsabilidade Fiscal; por último, nos processos de privatização não raro se verifica a dilapidação do patrimônio público, fruto, muitas vezes, de uma equivocada orientação da administração, o que se verifica em todos os procedimentos, pretéritos e futuros.

Dentro deste contexto, o elemento persuasivo do *parquet* é de extrema conveniência, haja vista ser necessário demonstrar, com clareza, a responsabilidade do compromissário em eventual transgressão ao TAC. Em outras palavras, é conveniente ao tomador do compromisso fazer com que o compromissário se mostre ciente de suas responsabilidades e assuma a ocorrência do incerto ato de improbidade administrativa, nos limites de suas atribuições, com a finalidade de enfraquecer eventual alegação em sentido diverso no bojo de futura execução. Nada obstante, mesmo que o potencial agente ímprobo se negue, já que não está obrigado a assumi-lo, as tratativas do TAC poderiam ser utilizadas como meios de prova no curso de eventual ação civil de improbidade administrativa.

Noutro passo, ainda que seja no curso de demanda judicial, caso o Ministério Público tente a celebração do TAC para fazer cessar a conduta indesejada, tal medida deve ser vista como preventiva e adequada, mesmo no campo da improbidade administrativa. Assim, independentemente do resultado da demanda judicial, é importante que o *parquet* busque a solução negociada com a intenção de evitar a reiteração da atividade danosa.

Ora, é evidente que são incalculáveis as possibilidades de se atentar contra a probidade administrativa, de modo que se torna imperioso reiterar que as hipóteses acima elencadas não afastam o acompanhamento do *parquet* em outros casos tidos como malquistos, no exercício de suas funções institucionais.

Cabe dizer, aliás, que a posição inerte do Ministério Público em tais casos somente colabora para a proliferação de atos de improbidade administrativa. E, como dito, aguardar a ocorrência do dano não é a forma adequada para se tutelar os interesses da coletividade, vez que “a proteção dos direitos difusos, via de regra, deve dar-se de forma preventiva, sob pena de tê-la, na prática, como inócua”, como bem destaca Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (*apud* GARCIA E ALVES, 2013, p. 996).

Conforme salientado anteriormente, como se tratam de atos corriqueiramente adotados por agentes públicos, em caso de descumprimento do compromisso de ajustamento de conduta, restará ao tomador o título executivo extrajudicial, estando preenchidos, portanto, os requisitos específicos do processo de execução, que encontra respaldo no art. 645 do Código de Processo Civil.

4.5. Elemento subjetivo: dolo ou culpa – hipóteses de aproveitamento do TAC

No que concerne a tais atos de improbidade, é necessário frisar que o objetivo do termo de ajustamento de conduta nestes casos também é acautelatório, uma vez que a partir da exteriorização dos atos ímprobos em que é complexa a aferição do elemento subjetivo, torna-se ainda mais espinhosa a tarefa da persecução civil.

Consoante anteriormente mencionado, a doutrina se debruça sobre os arts. 9º, 10 e 11 da lei de improbidade administrativa com a intenção de firmar o entendimento a respeito da identificação do elemento subjetivo para a devida qualificação do ato como ímprobo. É de se ressaltar, de antemão, que o art. 10, ao revés do que dispõem os outros, parece ter elencado a possibilidade de enquadramento dos atos culposos.

Isso porque, dos três dispositivos que definem os atos de improbidade, somente o art. 10 dispõe sobre ação ou omissão, dolosa ou culposa, aliás, repetindo, em parte, as disposições contidas no art. 5º da lei ora estudada. Ocorre que tanto na doutrina quanto na jurisprudência existem variações interpretativas acerca da admissibilidade de qualificação de atos ímprobos culposos, havendo, inclusive descrença na tecnicidade do legislador, vez que há entendimento de que inexistente razão que justifique a maior severidade para os atos do art. 10 da lei 8.429/92 (PIETRO, 2014, p. 919).

Assim, indubitavelmente são os atos de improbidade culposos ou mesmo aqueles em que é difícil a aferição do dolo que se apresentam como verdadeiros empecilhos que põem em risco a efetividade da lei 8.429/92. Deste modo, a atuação proativa do Ministério Público se mostra imprescindível, devendo este adotar as medidas extrajudiciais viáveis a fim de evitar a ocorrência do dano à coletividade.

No Superior Tribunal de Justiça e na jurisprudência pátria de um modo geral, consolidou-se o entendimento de que somente os atos previstos no art. 10 da lei 8.429/92 admitem a modalidade culposa. Ocorre que, independentemente da

tipificação culposa ou dolosa, ante a exigência da perquirição do elemento subjetivo, vez que é vedada a responsabilidade objetiva nestas hipóteses, muitos são os casos em que a lei não atinge a punição almejada, dada a fragilidade das provas produzidas.

Deste modo, sem olvidar dos aparentes motivos anteriormente expostos, dentre os quais se encontram a morosidade e o custo excessivo do processo judicial, resta comprometida a efetividade da ação de improbidade administrativa também pela impossibilidade de se comprovar em um sem-número de casos a atuação dolosa, ou mesmo culposa no caso do art. 10, do agente ímprobo.

Surge aqui outro fundamento para a celebração do termo de ajustamento de conduta quando da existência, ainda que em potencial, de atos de improbidade administrativa. Ora, se no decorrer do inquérito civil o *parquet* verificar que a conduta do agente, à luz da jurisprudência pátria, dificilmente seria objeto de sancionamento por parte do Poder Judiciário, inexistente razão para que o membro do Ministério Público proponha a ação mesmo vislumbrando resultados negativos.

A questão é incipiente, pois, como abordado anteriormente, a doutrina pátria ainda mantém posicionamento conservador no que diz respeito à interpretação da norma proibitiva de meios consensuais na resolução dos casos de improbidade administrativa. Impende notar, ainda, que poderia ser suscitada a obrigatoriedade de o Ministério Público intentar ação neste caso. Ocorre que em muitos casos a ação já se encontra fadada ao insucesso por não possuir o membro do Ministério Público meios aptos a demonstrar a atuação dolosa do agente.

Cumprido apontar, neste sentido, o teor do acórdão nº 1.0471.03.009379-6/001(1) proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em 19 de março de 2009, em que se percebe a existência de termo de ajustamento de conduta posterior à atuação irregular do agente público e prévio à ação civil de improbidade administrativa.

No acórdão em referência, tem-se notícia de que o Ministério Público ao se deparar com contratações irregulares de servidores públicos no Município de Pará de Minas firmou com o ex-prefeito um TAC, tendo o ex-chefe do Executivo municipal se comprometido a rescindir, no prazo de 5 meses, todos os contratados e a realizar concurso quando o prazo se esgotasse. Ocorre que além de descumprir o pactuado, mesmo após o TAC o ex-prefeito contratou mais 137 servidores,

totalizando 350 contratações irregulares. Com tais constatações, restou comprovada a má-fé e o dolo na conduta do ex-prefeito.

É preciso observar, neste caso, que o *parquet*, fatalmente, levou em consideração os interesses envolvidos nas irregularidades perpetradas, de modo que ao analisar a segurança jurídica dos contratados, ainda que irregularmente, os efeitos danosos da dispensa imediata, seja para o bom funcionamento da máquina pública, seja na esfera particular dos contratados, além da dificuldade de se aferir, no caso concreto, que atuou o chefe do Executivo dolosamente com a intenção de violar as disposições constitucionais referentes à contratação de servidores, posicionou-se, prudentemente, pela adoção da solução extrajudicial inicialmente.

Com efeito, ao descumprir o termo de ajustamento de conduta, restou comprovado, com clareza, o dolo do agente público na contratação irregular dos servidores, tendo sido a sua conduta enquadrada no art. 11 da lei de improbidade administrativa. Evidencia-se que, neste caso, mesmo com a adoção do termo de ajustamento de conduta para tratar de ato de improbidade administrativa o interesse da coletividade foi devidamente resguardado.

Igualmente, em outras incalculáveis hipóteses a tomada do compromisso de ajustamento de conduta se mostra como eficiente alternativa complementar na solução dos casos de improbidade de difícil apuração do elemento subjetivo constante na conduta irregular.

A título de exemplificação, tem-se a hipótese de descumprimento de sentença de ação civil pública voltada à implementação de determinada política pública por parte do Executivo, pois, ao invés de o membro do Ministério Público ao verificar o descumprimento da sentença pleitear em juízo, de modo descomedido, a punição do agente público, poderia buscar junto a este a motivação do retardamento do ato de ofício e a celebração do TAC com vistas a cumprir a determinação judicial no prazo e modo pactuado (se a sentença já não o tiver feito) para perquirir o dolo no descumprimento da sentença da ação coletiva anteriormente intentada.

No julgamento do REsp 723964-PR 2005/0009476-6, o STJ se deparou com uma situação similar à narrada, em que o Ministério Público propôs a ação civil de improbidade administrativa sem antes verificar a ocorrência de fato novo que impediu o cumprimento integral do ato de ofício garantido pela sentença proferida nos autos de ação civil pública anteriormente proposta. Em tais casos, faz-se necessária a postura proativa e diligente do *parquet* para verificar o dolo na desídia

do agente público, que pode se manifestar no descumprimento de TAC firmado antes da propositura da ação de improbidade administrativa.

4.6. TAC para atos de menor potencial ofensivo

Por derradeiro, merece salientar que existem outras condutas indesejáveis no âmbito da administração pública que atualmente não recebem a devida reprimenda da lei de improbidade administrativa. Em tais casos, dado o valor reduzido dos efeitos gerados pela prática ilícita, opta-se por desqualificá-la a fim de se evitar a aplicação desarrazoada das sanções da lei 8.429/92, atribuindo-se a alcunha de 'mera irregularidade', que não se confunde com improbidade administrativa.

Certo é que a improbidade administrativa abarca toda e qualquer desobediência aos princípios que regem a Administração, a teor do que dispõe o art. 11 da lei 8.429/92. Assim, conforme aventado anteriormente, a probidade não se confunde com moralidade e, em última análise, não deve ser reduzida a uma expressão pecuniária.

Ocorre que a jurisprudência vem entendendo que em alguns casos a aplicação da lei de improbidade é demasiadamente rigorosa na resposta aos atos que tenham como pano de fundo uma vantagem ilícita de pequena monta ou dano ao erário de valor pecuniário reduzido, ainda que estes se encontrem em desconformidade com os princípios regentes da Administração Pública. Tal interpretação abre margem para a ausência de punição para os infratores, bem como gera a ineficiência da ação civil para a punição dos pequenos atos de improbidade administrativa.

Ora, ao elencar atos tidos como indesejáveis no âmbito da Administração Pública, foi intenção do legislador sancioná-los à margem das esferas administrativa e penal, de modo que se torna temerosa a interpretação de que atos de pequena monta são meras irregularidades, até mesmo porque tais atos, via de regra, são habituais, o que denota um vício sistêmico na máquina estatal.

Cabe dizer que ao diferenciar o ato de improbidade do ato meramente irregular, em verdade, a jurisprudência do STJ deixa de sancionar atitudes que causam prejuízo ao bom funcionamento da máquina estatal. Ora, ao considerar a sanção da lei 8.429/92 desarrazoada no caso concreto, opta-se por não punir, ainda

que evidente esteja o ato irregular. No REsp 1171721/SP, por exemplo, o STJ reconheceu o acúmulo indevidos de cargos como mera irregularidade.

Nada obstante, o Superior Tribunal de Justiça adotou o mesmo posicionamento no Recurso Especial Nº1.350.23-DF, julgado em 2012, que tratava da apuração de atos de improbidade administrativa nos idos de 1995, consistentes na elaboração e distribuição de 2 mil cópias de CD-ROM custeadas com verba pública para divulgação de imagens pessoais do então governador, bem como aliar sua imagem às ações governamentais desenvolvidas.

No referido caso, ante a dificuldade de se aferir o elemento volitivo, ainda que na omissão do então governador pela divulgação de tais cópias, e reconhecendo como inexpressiva a irregularidade, o STJ deu provimento ao recurso especial interposto e julgou improcedente a ação civil de improbidade administrativa. Cumpre ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, neste caso, descaracterizou o ato tido como de improbidade administrativa, pois entendeu que a conduta, ainda que custeada com verba pública, visava informar e não tinha a figura do gestor como enfoque central.

Depreende-se dos posicionamentos acima expostos que se a doutrina adota postura engessada e conservadora, a jurisprudência, por sua vez, vem mitigando a punição objetivada pelo legislador em razão da dificuldade de se comprovar o elemento volitivo do agente ou mesmo em decorrência da dificuldade de se estabelecer o montante pecuniário correspondente à lesão causada à moralidade administrativa.

Diante da notada deficiência na resolução de tais atos de improbidade administrativa, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves entendem que, *de lege ferenda*, seria eficiente a possibilidade de solução negociada em alguns casos de improbidade administrativa de menor lesividade, principalmente nos casos em que a lesão é de pouca monta ao patrimônio coletivo, derivados de atos culposos e omissivos dos agentes públicos (GARCIA e ALVES, 2013, p. 998). Neste sentido, tem-se o referido posicionamento:

Tal transação, cujos parâmetros devem ser fixados rigidamente pela lei de modo a impedir qualquer tipo de discricionariedade pelos operadores, poderia importar, cumulativamente, no ressarcimento integral do dano e no pagamento de multa civil e ainda, sendo o caso, na própria proibição de contratar como o poder público ou receber benefícios e incentivos fiscais e creditícios. Com isso, restariam afastadas as graves sanções de perda da função pública e

suspensão dos direitos políticos, com relação às quais há uma grande resistência de aplicação por parte do Poder Judiciário, sobretudo quando se trata de conduta de menor repercussão patrimonial. Somente fariam jus a tal benefício aqueles que praticassem “atos de improbidade de menor potencial ofensivo”, na forma acima sugerida, e que fossem “primários”, tal como se dá, *mutatis mutandis*, na transação penal prevista na Lei n. 9.099/95.

Contudo, em tempos de neoconstitucionalismo, o dogma positivista não mais subsiste, não havendo razão para que o Ministério Público, em obediência às suas funções institucionais e atento à dinamicidade que tomou conta do seio social, busque a melhor solução para os atos de improbidade administrativa de menor lesividade. Assim, não deve simplesmente esperar nova lei regulando tais atos, e sim atuar na solução extrajudicial com a observância do posicionamento dos Tribunais, mormente porque estes ao exercerem a jurisdição tem função elucidativa, posto que emitem mensagem a todo o sistema.

Neste diapasão, em atenção à mutabilidade que passou a orientar Direito, necessário se faz o afastamento da perspectiva arraigada em conceitos estanques, que desconsideram as necessidades sociais. Assim, tomando o compromisso de ajustamento de conduta nestes casos, o Ministério Público somente estará exercendo seu papel constitucional.

Deve-se ressaltar que o TAC somente cumprirá suas finalidades se atender aos ditames da economicidade, brevidade e justiça na proteção do direito transindividual (RODRIGUES, 2011, p. 105). Nada obstante, necessário repisar que há controle externo da atuação do *parquet* na análise do Conselho Superior do Ministério Público para atribuir eficácia ao compromisso.

Assim, ainda que denominando o ato de improbidade como mera irregularidade, com vistas a evitar a invalidação do compromisso de ajustamento de conduta, em razão do disposto no art. 17, § 1º 8.429/92, deve o Ministério Público ser proativo na proteção dos direitos da coletividade e verificar, no caso concreto, a melhor solução do conflito, com base nos recentes posicionamentos jurisprudenciais, sobretudo os advindos do STJ.

Conclusão

Com a pesquisa realizada foi possível demonstrar, em linhas gerais, um panorama histórico a respeito do que se entende como acesso à justiça e os obstáculos para a sua plena efetivação, efetuando análise da necessidade de adoção de métodos alternativos de solução de conflitos porque o modelo de processo ordinário se tornou incapaz de suprir todas as demandas presentes na sociedade técnico-industrial contemporânea, sociedade de massas.

As crises jurídicas evidenciadas nesta sociedade de massas demandaram renovação da ciência processual, o que acabou por consagrar o direito processual coletivo. A efetividade deste ramo, por sua vez, ganhou força mediante adoção de meios extrajudiciais de solução de conflitos envolvendo os interesses transindividuais, estando compromisso de ajustamento de conduta aqui inserido.

Com efeito, no que diz respeito à probidade administrativa, constatou-se que a despeito de o legislador ter conferido efetividade à norma prevista no art. 37, § 4º da Constituição Federal, a lei 8.429/92 não conseguiu eliminar ou mesmo reduzir consideravelmente os atos que violam a moralidade administrativa. Ao analisar as mazelas pelas quais a lei de improbidade administrativa passa atualmente, destacou-se a possibilidade de celebração do termo de ajustamento de conduta em hipóteses específicas a fim de se evitar a manutenção dos obstáculos à tutela dos interesses da coletividade.

É de se ressaltar que foram expostos os problemas existentes no tratamento dos atos atentatórios à moralidade administrativa e seus desfechos, sendo possível exemplificar a ofensa à garantia fundamental prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, provocada pela morosidade no provimento jurisdicional, o alto custo aliado à baixa eficiência dos processos judiciais que visam tratar ato de pequena lesividade ou de difícil aferição da responsabilidade subjetiva, bem como as celeumas doutrinárias e jurisprudenciais que se acumulam a respeito da melhor interpretação da lei 8.429/92.

No que tange à adoção do termo de ajustamento de conduta, constatou-se que o TAC se afigura como instrumento compatível com os fins buscados pelo Estado Democrático de Direito, na medida em que se presta a tutelar os interesses da coletividade de maneira célere, econômica e transparente. Diante da possibilidade de ser tomado em sede extrajudicial, o compromisso de ajustamento

de conduta se apresenta como garantia mínima à coletividade de lesados na busca do acesso à justiça dos direitos transindividuais, sendo instrumento adequado mesmo nos casos de improbidade administrativa.

Deste modo, cabe ao Ministério Público, provedor da defesa dos direitos da sociedade, assumir o seu papel de protagonista na tutela dos interesses transindividuais e cumprir as funções institucionais estatuídas no art. 129 da Constituição Federal. Nos casos de improbidade administrativa, é de extrema relevância que o Ministério Público, no exercício da função institucional prevista no art. 129, III, procure celebrar o TAC ante a potencialidade de ocorrência de ato lesivo à moralidade administrativa.

Assim, a adoção do compromisso de ajustamento de conduta preventivamente em sede extrajudicial se apresenta com vantagens incontestáveis, mesmo no tratamento das condutas de improbidade administrativa, pois em diversos casos esta tutela preventiva extrajudicial permite alcançar resultados de difícil obtenção em processo judicial. Ocorre que especificamente a respeito da lei de improbidade administrativa as medidas extrajudiciais ainda são tímidas, visto que a doutrina mantém posicionamento conservador e a cultura judicialista ainda predomina.

Outrossim, através da análise do posicionamento doutrinário dominante, concluiu-se que também não há prejuízo na celebração do termo de ajustamento de conduta judicial ou extrajudicialmente para os atos de improbidade administrativa quando o TAC versar sobre os prazos, condições e modo de reparação integral do dano causado ao erário ou perda da vantagem ilícita obtida, sendo inviável, todavia, a adoção extrajudicial do TAC para as demais sanções previstas no art. 12 da lei de improbidade administrativa.

Noutro passo, foram apresentadas hipóteses específicas em que o TAC poderá ser utilizado para evitar a ocorrência de eventos habituais danosos à moralidade administrativa, para se demonstrar o elemento subjetivo na conduta exteriorizada e garantir a devida responsabilização do agente ímprobo, e ainda para o adequado sancionamento de atos de improbidade administrativa de pequena lesividade.

Diante dos elementos analisados, comprovou-se a adequação do termo de ajustamento de conduta no âmbito da lei de improbidade administrativa, até mesmo porque a sua adoção não implica em renúncia aos direitos transindividuais.

Assim, o termo de ajustamento de conduta deve ser amplamente admitido, pois não viola a norma prevista no art. 17, § 1º da lei 8.429/92, que proíbe a transação no curso da ação civil de improbidade administrativa.

Deste modo, é possível inferir que a celebração do TAC no campo da improbidade administrativa indubitavelmente consolida a perspectiva atual do acesso à justiça, pois promove prevenção dos prejuízos trazidos à máquina estatal por tais atos ou, nos casos reparatórios, a restituição integral dos prejuízos causados ao erário ou a perda da vantagem ilicitamente obtida, ambos mediante adoção de prazos razoáveis ao cumprimento da reparação.

Vê-se, portanto, que a celebração do termo de ajustamento de conduta não ocasiona qualquer prejuízo aos interesses da coletividade quando celebrado para os casos de improbidade administrativa, devendo ser fomentada a atuação proativa do Ministério Público, que através do modelo resolutivo de atuação funcional buscará solucionar em menor tempo e com menor custo eventual conduta irregular, até mesmo antes mesmo da ocorrência do dano à coletividade.

Obras Citadas

AMARAL, Paulo Osternack. O elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa: uma análise do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 24**, 2009. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=24&artigo=856&l=pt>>. Acesso em: 22 outubro 2014.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região - Agravo de instrumento 101736-PB (2009.05.00.096078-5)**, 2010. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8503889/agravo-de-instrumento-agtr-101736-pb-0096078-6520094050000/inteiro-teor-15244955>>.

BRASIL. **Recurso Especial 1233629 SP - Superior Tribunal de Justiça**, 2011. Disponível em: <<http://stj.vlex.com.br/vid/-318575703>>. Acesso em: 20 outubro 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial 596.764-MG**, Brasília, 23 de maio de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1148684&sReg=200301772275&sData=20120523&formato=PDF>. Acesso em: 18 outubro 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>.

BRASIL. **Decreto nº 1.030, de 14 de Novembro de 1890**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1030-14-novembro-1890-505536-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

BRASIL. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>.

BRASIL. **Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>.

BRASIL. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>.

BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>.

BRASIL. **Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>.

BRASIL. **Lei 8069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>.

BRASIL. **Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>.

BRASIL. **Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp40.htm>.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 27ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça.-. **Justiça em números 2014: ano-base 2013.** CNJ. Brasília, p. 395. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>.

CUNHA, Luciana Gross. et al. **Relatório ICJBrasil - Ano 5 (2º trimestre / 2013 ao 1º trimestre / 2014).** Biblioteca Digital FGV, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12024>>. Acesso em: 12 novembro 2014.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** 16ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas.** 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SALGADO FILHO, Nilo Spínola; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Improbidade Administrativa e transação. Associação Paulista do Ministério Público - APMP,** 17 de dezembro de 2012. Disponível em:

<<http://www.apmp.com.br/index.php/artigos/452-improbidade-administrativa-e-transacao-dr-nilo-spinola-salgado-filho-procurador-de-justica-e-dr-wallace-paiva-martins-junior-promotor-de-justica>>. Acesso em: 13 out. 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos – ações coletivas em espécie**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, v. II, 2012.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público - Organização, Atribuições e Regime Jurídico**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. epub.

GARCIA, Emeron; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. epub.

INTERNACIONAL, Transparency. **Transparency Internacional. The global coalition against corruption**, 2013. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2013/results>>. Acesso em: 14 de setembro de 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 15ª. ed. Salvador: Juspodivm, v.I, 2013.

DDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 8ª. ed. Salvador: Juspodivm, v. IV, 2013.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Metas Nacionais 2014 - Resultados Parciais - CNJ**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/gestao-planejamento-cnj/Metas_relatorio_parcial_2014_jan_a_set/Metas_Nacionais_2014_-_Resultados_Parciais_jan_a_set_FINAL_V4.pdf>. Acesso em: 08 de novembro de 2014.

MARINONI, Luis. Guilherme. O Custo e o Tempo do Processo Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, v. 37, p. 37-64, 2002.

MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo; ANDRADE, Adriano; **Interesses Difusos e Coletivos Esquemático**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MAZZILLI, Hugo. Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. 2ª. ed. [S.l.]: Saraiva, 1991. Disponível gratuitamente em www.mazzilli.com.br.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa Dos Interesses Difusos Em Juízo**. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILARÉ, Edis. O Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**, v. IV, p. 381, março de 2011.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - autos nº 1.0471.03.009379-6/001 (1)**, 2009. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5985415/104710300937960011-mg-1047103009379-6-001-1/inteiro-teor-12120939>>. Acesso em: 22 outubro 2011.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de processo coletivo, volume único**. 1ª. ed. São Paulo: Método, 2012.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de Direito Processual Civil - Volume Único**. 5ª. ed. São Paulo: Método, 2013.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. epub.

PIETRO, Maria. Sylvia. Zanella. Di. **Direito Administrativo**. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de.; FARIAS, Bianca Oliveira de. Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na lei de improbidade administrativa e no projeto de lei da ação civil pública, p. 32. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/apontamentos_sobre_o_compromisso_de_ajustamento_de_conduta.pdf>. Acesso em: 9 outubro 2014.

RODRIGUES, Geisa Assis. **Considerações sobre o compromisso de ajustamento de conduta**. Carta Forense, 01 junho 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/consideracoes-sobre-o-compromisso-de-ajustamento-de-conduta/4220>>. Acesso em: 20 outubro 2014.

RODRIGUES, Geisa Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.