

# POSSIBILIDADES DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS NA ÁREA DA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

Cláudio Smirne Diniz<sup>1</sup>

Eduardo Cambi<sup>2</sup>

## 1 – EXPOSIÇÃO DO TEMA

Há nítida preferência do Novo Código de Processo Civil pela solução consensual dos conflitos (NCPC, art. 3º, § 1º, e art. 42), para o que se destacam a conciliação, a mediação e outros métodos afins, os quais deverão ser estimulados, inclusive por parte do Ministério Público (NCPC, art. 3º, § 3º).

Nesse mesmo direcionamento, estabelece a nova legislação processual ser incumbência do juiz promover a autocomposição (NCPC, art. 139, V), além de dispor sobre os conciliadores e mediadores judiciais (NCPC, art. 165 a 175). Prevê expressamente a audiência de conciliação ou de mediação (NCPC, art. 334), não sendo esta realizada apenas em duas hipóteses: i) se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; e, ii) quando não se admitir a autocomposição (NCPC, art. 334, § 4º).

Ainda com esse mesmo propósito, o art. 174 do NCPC prescreve que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão instituir câmaras de conciliação, na esfera administrativa, para dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades administrativas, avaliar a admissibilidade de solução de conflitos por meio de conciliação e promover, quando for o caso, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

A implantação dos meios alternativos de solução dos conflitos vai além da sua previsão formal no Código de Processo Civil. É imprescindível, para o sucesso das medidas adotadas no NCPC, a construção de uma *política* integrada de valorização dos meios alternativos de solução dos conflitos de interesses, com o envolvimento de todos os atores do sistema de justiça (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério da Justiça, Advocacia-Geral da União, Procuradorias dos Estados e dos Municípios, etc.).

Nesse sentido, destaca-se o II Pacto Republicano, consistente na coesão dos três poderes da República (Legislativo, Executivo e Judiciário), em torno de pautas jurídicas consensuais, em benefício do acesso à justiça e de sua efetividade, assinado em 13.04.2009, que, dentre os compromissos assumidos, incluiu o fortalecimento da mediação e da conciliação, para estimular a resolução dos conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e à menor judicialização.

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Designado para a Assessoria de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça. Doutor em Direito. Professor de Direito Administrativo.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Paraná. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Paraná. Membro colaborador da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR).

No ano seguinte, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125, de 29.11.2010, que criou a Política Judiciária de Tratamento Adequado de Conflitos.

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), seguindo na mesma direção, publicou a Resolução nº 118, de 01.12.2014, para estabelecer, no âmbito institucional, a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição.

Neste ato normativo do CNMP, vale destacar as seguintes regras:

Art. 1º. Fica instituída a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição.

Parágrafo único. Ao Ministério Público brasileiro incumbe **implementar e adotar mecanismos de autocomposição**, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.

Art. 2º Na implementação da Política Nacional descrita no artigo 1º, com vista à boa qualidade dos serviços, à disseminação da cultura de pacificação, **à redução da litigiosidade, à satisfação social**, ao empoderamento social e ao **estímulo de soluções consensuais**, serão observados:

[...]

**IV – a valorização do protagonismo institucional na obtenção de resultados socialmente relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo.**

[...]

Art. 8º A **negociação é recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III, da CR/1988)** [...].

No 7º Congresso de Gestão do Ministério Público, promovido pelo CNMP, realizado entre os dias 21 e 23 de setembro de 2016, foi editada a “Carta de Brasília”, com Diretrizes aos membros do Ministério Público (item 2), valendo destacar:

a) Adoção, pelos membros da Instituição, como agentes políticos, de **postura proativa que valorize e priorize atuações preventivas, com antecipação de situações de crise**, exigindo-se, para tanto:

- clareza sobre o desenvolvimento das disputas que se travam na sociedade em torno dos objetos de intervenção do Ministério Público;
- capacidade de articulação política, sobretudo no que tange à formação de alianças e identificação dos campos conflituosos; □
- autoridade para mediar demandas sociais (capacidade para o exercício de liderança a partir da força do melhor argumento em defesa da sociedade);
- capacidade de diálogo e de consenso;
- senso de oportunidade para o desencadeamento das intervenções que levem em consideração as situações de lesão ou de ameaças aos direitos fundamentais;

b) **Adoção de postura resolutiva amparada no compromisso com ganhos de efetividade na atuação institucional**, exigindo-se, para tanto:

- atuação atrelada à proteção e à efetivação dos direitos e das garantias fundamentais;
- realização de pesquisas e investigações exaustivas sobre os fatos, em suas múltiplas dimensões e em sede procedimental, como base para a intervenção qualificada;
- uso de mecanismos e instrumentos adequados às peculiaridades de cada situação que demande o exercício das atribuições constitucionais pelo Ministério Público; □

- escolha correta dos ambientes de negociação que facilitem a participação social e a construção da melhor decisão para a sociedade;
  - **construção de consenso emancipador que valorize os direitos e as garantias constitucionais fundamentais;**
  - **utilização racional do mecanismo da judicialização nos casos em que a via não seja obrigatória e indispensável, devendo o membro analisar se realmente a judicialização é o caminho mais adequado e eficiente para o caso; [...]**
- c) **Priorização da atuação preventiva**, de modo a atuar programaticamente para combater ilícitos que possam gerar situações de lesão ou de ameaça aos direitos fundamentais afetos à atuação do Ministério Público, **priorizando, para tanto, medidas extrajudiciais e judiciais que sejam efetivas e eficientes para evitar essa prática; [...]**.

Mais recentemente, a Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro. Vale destacar o § 2º do art. 1º desta Recomendação que orienta no sentido da preferência, sempre que possível e observadas as peculiaridades do caso concreto, da resolução extrajudicial do conflito, controvérsia ou situação de lesão ou ameaça, especialmente quando essa via se mostrar capaz de viabilizar uma solução mais célere, econômica, implementável e capaz de satisfazer adequadamente as legítimas expectativas dos titulares dos direitos envolvidos, contribuindo para diminuir a litigiosidade.

Ainda, no Encontro Estadual do MPPR, realizado nos dias 15 e 16 de dezembro de 2016, a respeito do MP Resolutivo, foi deliberado pela manutenção das propostas elaboradas pelo Grupo de Trabalho, formado por representantes dos Grupos de Estudos de todas as regiões do Estado, dos Centros de Apoio, da Corregedoria-Geral e dos demais órgãos e setores da Administração, no sentido de possibilitar a realização de transação, inclusive em inquéritos que versem sobre improbidade administrativa.

Entretanto, a indagação que, naturalmente, surge diz respeito à compatibilidade entre os meios consensuais de solução de conflitos, sobretudo mediante a utilização do instituto da transação, caracterizado pela extinção de obrigações por meio de “concessões mútuas” (CC, art. 840) e o campo da proteção ao patrimônio público, submetido ao regime jurídico-administrativo, e, portanto, ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Sob outro ângulo, indaga-se: seriam o patrimônio público e a moralidade administrativa renunciáveis? Caberia termo de ajustamento de conduta e transação em matéria de proteção ao patrimônio público?

Nota-se que a matéria encontra proibição no § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92: “*É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput*”. Embora a Medida Provisória 703, de 18.12.2005, tenha revogado o mencionado dispositivo, sua vigência expirou-se e, destarte, permanece em vigor a restrição estabelecida pela Lei de Improbidade Administrativa.

Adianta-se que a jurisprudência tradicional assentou-se na restrição da transação às hipóteses que tratem de direito disponível e alienável, características inerentes aos direitos patrimoniais de caráter privado (STJ. REsp 1198424/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 18/04/2012).

Questiona-se, apesar disso, se efetivamente haveria óbice intransponível em relação à celebração de termo de ajustamento de conduta e de transação em matéria de patrimônio público. É o que se passa a analisar.

## **2 – FUNDAMENTAÇÃO**

O enfrentamento da questão necessita de adequado delineamento acerca de situações diversas que tangenciam o problema, as quais, não raras vezes, são tratadas de maneira uniforme. Aborda-se, nesse sentido, cada uma das hipóteses.

### **2.1. Atos de mera irregularidade administrativa**

Primeiramente, ressalva-se que diversas situações que se constituem em ilicitude em matéria de patrimônio público, porque dotadas de pouca relevância, caracterizam-se como meras irregularidades e, portanto, não configuram ato de improbidade administrativa.

Observa-se que não se está a tratar do princípio da insignificância, pois *“mostra-se tecnicamente ilógico ou juridicamente bizarro que se pretenda seja uma conduta imoral, em grau capaz de disparar a Lei da Improbidade Administrativa, e, ao mesmo tempo, irrelevante perante o Direito”* (STJ. REsp 892.818/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 10/02/2010).

Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que o desvio de R\$ 22.782,52, para a aquisição de gêneros alimentícios e "quentinhas", destinados à alimentação dos profissionais e funcionários da Secretaria Municipal de Saúde, deveriam ser custeadas pelo próprio Município, e não pelo Programa de Atendimento Assistencial Básico, referente à Parte Fixa do Piso de Atenção Básica, já que não havia previsão, no Plano Municipal de Saúde, de utilização dos recursos federais para tais gastos. Entretanto, não restou evidenciado que os recursos federais foram utilizados de forma desonesta, uma vez que os gêneros alimentícios acabaram sendo utilizados para a alimentação dos profissionais da saúde, funcionários e pacientes da Unidade mista de Referência do Município. Portanto, as despesas em questão reverteram-se em proveito do próprio programa, possibilitando a melhor prestação do serviço. Assim, o ato em foco constitui irregularidade formal que não representa por si só ato de improbidade ensejador da aplicação das penalidades previstas na Lei 8.429/92 (STJ. AgRg no REsp 1504147/PB, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017).

Tem-se como meras irregularidades administrativas as pequenas ilicitudes, as quais não se revestem de gravidade suficiente a ensejar a responsabilização por improbidade administrativa, sob pena, inclusive, de ocorrer a banalização do conceito, comprometendo-se, até mesmo, a credibilidade do microsistema de proteção à moralidade administrativa.

Em situações como tais, a celebração do termo de ajustamento de conduta mostra-se perfeitamente possível, pois não se estaria a dispor de quaisquer sanções da Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que não aplicável à hipótese.

### **2.2. Atos de improbidade administrativa de pequena gravidade**

Situação diversa ocorre quando, embora caracterizado o ato de improbidade administrativa, verifica-se, diante do caso concreto, que o ilícito mostra-se de pequena monta e, dessa forma, seria possível a celebração do termo de ajustamento de conduta, sem qualquer dúvida a respeito. Isso porque a solução não se daria por meio de transação, compreendida como concessões recíprocas, mas pela fixação de sanções ao responsável pelo ato, por meio do aludido ajustamento de conduta, levando-se em consideração o postulado da proporcionalidade. Vale dizer, antecipar-se-ia, por meio de critérios objetivos, em sede de ajustamento de conduta, as sanções que seriam aplicadas caso houvesse trânsito em julgado da sentença condenatória.

Com isso, evitar-se-ia a judicialização da demanda, com economia, diminuição de tempo para a solução da questão jurídica e mais rápido ressarcimento dos danos ao erário, especialmente nos ilícitos costumeiramente cometidos no âmbito da Administração Pública, em relação aos quais a jurisprudência pátria, ao interpretar a expressão “isolada ou cumulativamente” do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, impõe apenas sanções pecuniárias (multa) em face do ato praticado.

Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, em caso envolvendo a apropriação indevida de diárias por agente público, no valor de R\$ 375,00 (trezentos e setenta e cinco reais), considerou estar caracterizado o ato de improbidade administrativa previsto no inc. IX do art. 9º da Lei 8.429/92. Entretanto, com fundamento no princípio da razoabilidade da punição, afastou a aplicação da perda da função pública e à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 04 (quatro) anos, reduzindo a condenação ao pagamento de multa civil correspondente à três vezes o valor das diárias apropriadas indevidamente, além do ressarcimento do dano causado ao erário (STJ. REsp 980.706/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 23/02/2011).

Nessa perspectiva, o inc. I do art. 2º da Resolução nº 01, de 15.05.2017, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná, prevê a celebração do termo de ajustamento de conduta para a “aplicação célere e proporcional das respectivas sanções, nos atos que possam ser considerados como de menor potencial ofensivo, assim considerados aqueles em que, com base nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência, a aplicação de sanções reduzidas, seja sob o aspecto quantitativo, seja sob o aspecto qualitativo, mostre-se suficiente para sua prevenção e repressão”.

### **2.3. Transação e indisponibilidade de direitos**

Paralelamente a isso, no âmbito do patrimônio público, vivencia-se momento de rediscussão sobre o entendimento da vedação da transação em matéria de proteção ao patrimônio público, considerando que esta constitui-se em “concessões mútuas” (CC, art. 840).

Questiona-se se tal prática não seria contraposta ao princípio basilar do regime jurídico-administrativo, pelo qual o interesse público é indisponível e, portanto, não passível de transação. Compreende-se como direitos indisponíveis aqueles que, em virtude do regime jurídico, mostram-se irrenunciáveis, a exemplo do patrimônio público e da moralidade administrativa.

O cabimento da transação pressupõe a definição da natureza jurídica dos direitos, especialmente em relação à sua disponibilidade. Para a visão tradicional, apenas os direitos patrimoniais disponíveis seriam passíveis de conciliação, mediação ou transação e, ainda, submeter-se-iam à arbitragem. O próprio Código Civil restringe a transação aos direitos patrimoniais de caráter privado (art. 841).

A jurisprudência assim destaca:

Segundo o disposto nos arts. 840 e 841 do novo CC, a transação que previne ou põe fim ao litígio tem como características: (i) a existência de concessões recíprocas entre as partes, o que pressupõe se tratar de direito disponível e alienável; (ii) ter por objeto direitos patrimoniais de caráter privado, e não público. Assim, *in casu*, por se tratar de direito indisponível, referente a dinheiro público, é manifestamente ilegítima a transação pecuniária homologada em primeiro grau. (STJ. REsp 1198424/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 18/04/2012).

É bem verdade que a indisponibilidade acerca da probidade administrativa consta expressamente da Lei: “*É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput*” (LIA, art. 17, § 1º). Pondera-se, todavia, que novos componentes devem ser trazidos ao debate, os quais bem demonstram que as inovações introduzidas no ordenamento jurídico conduzem a certa relativização do princípio da indisponibilidade do interesse público. Exemplifica-se o que se está a dizer:

**1. Juizados Especiais Criminais.** O art. 76 da Lei 9.099/95 prevê, expressamente, hipótese de direitos indisponíveis que admitem transação, ao permitir que o Ministério Público, nos crimes de ação penal pública incondicionada ou condicionada (quando houver a representação), desde que não seja caso de arquivamento e que não estejam presentes os óbices previstos no § 2º do art. 76, proponha a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa para as infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei 9.099/95, com a redação da Lei 11.313/2006).

**2. Juizados Especiais Federais.** O parágrafo único do art. 10 da Lei 10.259/01, que regula os Juizados Especiais Federais, autoriza os “*representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais*” a conciliar, transigir ou desistir nos processos de competência do JEF.

**3. Advocacia-Geral da União.** A Lei 9.469/97 (com a redação dada pela Lei 11.941/09) concedeu poder ao Advogado-Geral da União e aos dirigentes máximos das empresas públicas federais para autorizarem a realização de acordos ou transações em juízo, ou, ainda, o não ajuizamento de ações, dependendo do valor a ser cobrado. O art. 2º da referida Lei autoriza que o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, os dirigentes máximos das empresas públicas ou do Banco Central do Brasil celebrem acordos, a serem homologados em juízo, relativos a débitos até o montante de cem mil reais, cuja quitação possa ocorrer em até sessenta meses.

**4. Acordo de Leniência.** Trazido pela Lei 12.846, de 01.08.2013, a qual dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, o acordo de leniência permite sua celebração com as pessoas jurídicas que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, assim como a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica da sanção administrativa de “*publicação extraordinária da decisão condenatória*” (art. 6º, II) e da sanção judicial de “*proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público*” (art. 19, IV) e reduzirá em até 2/3 o valor da multa aplicável (art. 6º, I).

**5. Arbitragem.** A Lei 13.129, de 26.05.2015, autorizou a administração – direta e indireta – a utilizar-se da arbitragem “*para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*” (art. 1º, § 1º).

6. **Mediação.** A Lei 13.140, de 26.06.2015, possibilitou a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública: “*Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação*” (art. 3º), destacando-se que o “*consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público*” (art. 3º, § 3º).

Nessa linha de raciocínio, apesar da indisponibilidade do conjunto de bens e direitos que integram o patrimônio público, seria de se indagar quanto à possibilidade de, por critérios de razoabilidade, proporcionalidade e eficiência, admitir-se a transação, nas hipóteses em que tal medida revele-se mais vantajosa à coletividade, sabendo-se que a aplicação da lei deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 5º).

Naturalmente, por ocasião da transação em matéria de improbidade administrativa, deve ser convencionada, para além do reconhecimento da prática do ilícito, a aplicação de uma ou mais sanções do art. 12 da Lei 8.429/92; e, ainda, naturalmente, a recomposição do dano.

### **3. Possibilidade de celebração de transação na improbidade administrativa**

O óbice às transações em matéria de improbidade administrativa, trazido pelo § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92, pode ser enfrentado de diferentes formas.

Primeiramente, há que se considerar que a Lei da Mediação (Lei 13.140, de 26.06.2015) faz menção à composição extrajudicial dos conflitos, estendendo-a aos casos de improbidade administrativa, hipótese em que a conciliação “*deverá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator*” (art. 36, § 4º). Com isso, ainda que verse sobre situações mais restritas, a Lei da Mediação passa a admitir transação em matéria de improbidade administrativa.

Também é possível sustentar que a regra contida no § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, de 02.06.1992, precisa ser interpretada em conformidade com a Constituição (Lei 9.868/1999, art. 28, par. ún.), para evitar que se impeça a transação, em situações excepcionais, justificadas e previamente submetidas aos órgãos de controle do Ministério Público (Conselho Superior do Ministério Público dos Estados e Câmaras de Coordenação e Revisão, nos ramos que compõem o Ministério Público da União) para que, assim, a referida previsão seja compatibilizada com o princípio constitucional da eficiência no âmbito administrativo (art. 37, *caput*, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 19/1998) e a garantia constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, trazido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004), que não existiam, quando da promulgação referida Lei de Improbidade.

Tal exegese é reforçada pela orientação do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, exposta no arquivamento do Inquérito Civil n.º 14.0555.0000113/2014-9, da Promotoria de Justiça de Osasco, ao admitir a aplicação dos “*acordos de colaboração*” aos atos de improbidade administrativa, sob os seguintes argumentos:

[...] o fundamento para a aplicabilidade do “acordo de colaboração” aos atos de improbidade administrativa é a obtenção de maior eficiência nas investigações, para própria repressão dos atos de improbidade e tutela do erário, como forma de melhor satisfação do interesse público. E,

para tanto, admite-se até mesmo a relativização/mitigação do princípio da obrigatoriedade, haja vista que o interesse público e eficiência serão melhor atingidos com o “ato de colaboração”; de que a “natureza jurídica ‘negocial’ está bem preservada. O Ministério Público, na hipótese de ‘acordo de colaboração’, possui interesse de agir mas assume compromisso de não exercer sua pretensão, ‘para melhor atenção ao interesse público e eficiência (princípios previstos constitucionalmente). Além disso, na hipótese de descumprimento do ‘acordo de colaboração’, a consequência é a propositura de ação civil de improbidade contra o colaborador”.

No mesmo sentido, o inc. II do art. 2º da Resolução nº 01, de 15.05.2017, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná, prevê a celebração do acordo de leniência, visando “constituir meio de obtenção de provas, em qualquer ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992) ou qualquer ato praticado contra a Administração Pública (Lei 12.846/2013), desde que o beneficiado pela composição colabore efetivamente com as investigações e o processo, quando for o caso”.

De qualquer modo, o art. 17 da Lei 8.429/1992, embora traga regras especiais, notadamente quanto à fase inicial do processo (art. 17, § 7º), não é incompatível com as regras procedimentais previstas na Lei 7.347/1985, nem, tampouco, regulamentou inteiramente o procedimento aplicável aos atos de improbidade administrativa. Assim sendo, mesmo a Lei 8.429/1992 sendo posterior a Lei 7.347/1985, e ainda que aquela Lei não tenha regra explícita no sentido de que esta legislação se aplica subsidiariamente, outra conclusão não é possível senão a interpretação conforme a Constituição. Ora, se o art. 129, inc. III, da CF afirma que cabe ao Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público, estranho seria concluir que tal ação, regulamentada pela Lei 7.347/1985, não é a mesma que deva ser ajuizada para a responsabilização judicial pela prática de atos de improbidade administrativa, justamente quando o escopo da Lei 8.429/1992 é a proteção do patrimônio público.

Essa interpretação sistemática permite a aplicação do art. 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública, que dispõe sobre o compromisso de ajustamento de conduta, à Lei de Improbidade Administrativa.

Perceba-se, contudo, que o termo de ajustamento de conduta possui natureza de negócio jurídico bilateral e solene, mas não se confunde com a transação, pois o órgão público *não transaciona* com a parte contrária, mas apenas impõe, mediante critérios pré-estabelecidos (como prazo, forma e cominações), a observância das determinações legais que são aceitas, voluntariamente, pelo causador do ato ilícito e/ou do dano. Dessa forma, o termo de ajustamento de conduta não possui natureza jurídica de transação, sendo ato administrativo negocial. Não fosse assim, o legitimado extraordinário para a propositura de ações coletivas (Lei 7.347/85, arts. 5º e 21; Lei 8.078/90, arts. 82 e 90; CPC, art. 18) não poderia negociar, já que estaria impedido pela indisponibilidade do direito material subjacente.

Por outro lado, verifica-se haver situações em que a vedação da transação contraria a efetividade da punição e da reparação dos danos. Exemplo disso se dá na colaboração premiada, prática em que o agente ministerial efetivamente *transaciona* com o investigado<sup>3</sup> que pode ser beneficiado com o perdão judicial, a redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direito, quando efetiva

---

<sup>3</sup> Homologação de acordo de colaboração premiada. O STF fixou entendimento no sentido de reconhecer a atribuição do relator para, monocraticamente, homologar acordos de colaboração premiada, oportunidade na qual se limita ao juízo de regularidade, legalidade e voluntariedade da avença. Reafirmou, também, a competência colegiada do STF para avaliar, em decisão final de mérito, o cumprimento dos termos, bem como a eficácia do acordo. No ato de homologação da colaboração premiada, não cabe ao magistrado, de forma antecipada e extemporânea, tecer juízo de valor sobre o conteúdo das cláusulas avençadas, exceto nos casos de flagrante ofensa ao ordenamento jurídico vigente (STF. Pet 7.074. Rel. Min. Edson Fachin. J. 29.06.2017).



e voluntariamente contribui com a investigação e com o processo criminal, caso da sua colaboração decorra um ou mais dos seguintes resultados: identificação dos demais co-autores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa e/ou a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (Lei 12.850/2013, art. 4º).

A colaboração premiada tem se revelado eficiente mecanismo de investigação criminal e que pode ser adotada, por igual fundamento, no campo da improbidade administrativa, na perspectiva de que se há autorização legal para o mais (responsabilidade penal), haveria permissivo para o menos (responsabilidade por improbidade administrativa).

Nesse sentido: “Aquele que colabora de maneira importante com a investigação deve ter a pena diminuída, atenuada, ou até mesmo ser aplicado o perdão judicial, de acordo com a participação no ato de improbidade administrativa” (TJPR. Agravo de Instrumento nº 1.557.374-9. Rel. Des. Nilson Mizuta. J. 29.11.2016).

Outra hipótese dar-se-ia em circunstâncias em que a reparação imediata do dano e o pagamento de multa mostram-se mais atraentes que a espera do curso de processo judicial, sujeito a longos anos de tramitação.

Nessas hipóteses, o Ministério Público não renuncia ou dispõe do direito transacionado e, havendo descumprimento do acordo, o investigado perderá os benefícios pactuados, haverá o vencimento antecipado das parcelas não pagas e serão executados tanto o montante integral da multa, descontando-se as frações eventualmente já pagas, quanto os valores pertinentes aos danos e ao enriquecimento ilícito, bem como deve ser instaurado ou retomado o procedimento referente aos atos e fatos incluídos no acordo, ou ajuizada ação civil pública, conforme o caso, sem prejuízo de utilização das informações prestadas e dos documentos fornecidos pelo responsável pelo descumprimento da transação.

Em síntese, há possibilidade de celebração de transação, envolvendo a prática de atos de improbidade administrativa, em circunstâncias excepcionais, desde que rigorosamente fundamentadas, sempre sujeitas ao criterioso e prévio controle dos órgãos colegiados, nas hipóteses em que restar demonstrado que a disposição quanto a certas sanções venha a se revelar mais consentânea com a proteção do bem jurídico tutelado.

#### **4 – CONCLUSÃO**

Do que precede, em relação à solução extrajudicial de conflitos na área da proteção ao patrimônio público, define-se pelos seguintes posicionamentos:

- i) em situações de meras irregularidades, que sequer configurem a prática de ato de improbidade administrativa, permite-se a celebração do termo de ajustamento de conduta, pois não se estaria a dispor de quaisquer das sanções da Lei 8.429/1992, mesmo porque não aplicáveis à hipótese;
- ii) em outros casos, embora caracterizado o ato de improbidade administrativa, quando se verificar que a conduta praticada mostra-se de pequena monta, é possível a celebração do termo de ajustamento de conduta, pois a solução do ilícito não se daria por meio de transação, mas pela

fixação de sanções ao responsável pelo ato, levando-se em consideração os postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência; e,

iii) em circunstâncias excepcionais, desde que rigorosamente motivadas, sempre sujeitas ao criterioso e prévio controle dos órgãos colegiados, há possibilidade de transação, nas hipóteses em que restar demonstrado que a disposição quanto a certas sanções venha a se revelar mais consentânea com a proteção do bem jurídico tutelado.

## 5 – REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 892.818/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 10/02/2010.

\_\_\_\_\_. REsp 980.706/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 23/02/2011.

\_\_\_\_\_. REsp 1198424/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 18/04/2012.

\_\_\_\_\_. AgRg no REsp 1504147/PB, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017.

CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Vol. I. Org. Geisa de Assis Rodrigues e Robério Nunes dos Anjos Filho. Brasília: ESMPU, 2016.

CAMBI, Eduardo. Comentários ao art. 334 do Código de Processo Civil. In: *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio (Coord). *Lei anticorrupção. Comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.557.374-9. Rel. Des. Nilson Mizuta. J. 29.11.2016

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2014.