

**TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA  
E A POSSIBILIDADE DE CONCILIAÇÃO  
NA SEARA DA IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA**

**TERM OF BEHAVIOR ADJUSTMENT AND THE  
POSSIBILITY OF CONCILIATION ON THE LIKES OF  
ADMINISTRATIVE MISCONDUCT**

*Marcio Felipe Lacombe da Cunha*

*Advogado da União*

*Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB*

**SUMÁRIO:** Intróito. 1 Origem do termo de ajustamento de conduta; 2 Conceito e natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta; 3 Dos órgãos que podem tomar termo de ajustamento de conduta; 4 Da possibilidade de conciliação na seara da improbidade administrativa; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade analisar o instituto do termo ou compromisso de ajustamento de conduta, introduzido no direito pátrio pelo artigo 211, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, posteriormente, consagrado na Lei da Ação Civil Pública, e a possibilidade de sua celebração na seara da improbidade administrativa.

Com efeito, as idéias de instrumentalidade, efetividade e celeridade constituem o cerne do processo civil contemporâneo e, nesse contexto, também está inserida à preocupação dos juristas e da própria Sociedade com a implantação de métodos alternativos de composição de litígios, em superação aos entraves burocráticos usualmente enfrentados no curso de uma relação processual.

Nesse sentido, o termo de ajustamento de conduta se apresenta como um importante instrumento na solução de controvérsias de caráter transindividual, inclusive no âmbito da ação civil pública de improbidade administrativa, no que diz respeito às condições, ao prazo e ao modo de reparação integral do dano causado ao erário, sem prejuízo do ajuizamento dessa ação ou da continuidade do processo para aplicação das demais sanções contidas no artigo 12, da Lei de Improbidade Administrativa.

Por derradeiro, faz-se necessário salientar que o tema ora abordado, além de complexo e controvertido, possui grande relevância para os operadores jurídicos das áreas do Direito Administrativo e Processual Civil, bem como para os magistrados, membros do Ministério Público e da Advocacia Pública que atuam diretamente nas ações civis públicas de improbidade administrativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Termo de Ajustamento de Conduta. Improbidade Administrativa.

**ABSTRACT:** This article aims to examine the term of behavior adjustment, introduced in the Brazilian law under Article 211 of the Statute of Children and Adolescents, and later enshrined in the Law of Public Civil Action, and the possibility of their conclusion on the likes of administrative misconduct.

Indeed, the ideas of instrumentality, effectiveness and speed are the essence of contemporary civil procedure and in this context, is also inserted to the concern of lawyers and the Society itself with the implementation of alternative methods of dispute settlement in overcome the bureaucratic obstacles commonly faced in the course of a procedural relationship.

In this sense, the term of behavior adjustment is presented as an important tool in resolving disputes character transindividual, including within the public civil action of administrative misconduct, with respect to the conditions, the time and manner of full compensation for the damage caused to the exchequer, without prejudice to the filing of such action or proceeding for the continued application of other penalties contained in Article 12 of the Law of Administrative Improbity.

For last, it is necessary to emphasize that the issue addressed herein, as well as complex and controversial, it has great relevance to the legal operators in the areas of Administrative Law and Civil Procedure, as well as for judges, prosecutors and members of the Public Advocacy who work directly in public civil actions of administrative misconduct.

**KEYWORDS:** Term of Behavior Adjustment. Administrative Misconduct.

## INTRÓITO

O Estado Democrático de Direito, consagrado no artigo 1º, da Constituição da República de 1988, constitui uma síntese dialética dos modelos estatais que o precederam, quais sejam: o Estado Liberal e o Estado Social. No paradigma do Estado Democrático de Direito não mais subsiste a dualidade cunhada pelo *liberalismo*, que contrapunha Estado e Sociedade<sup>1</sup>. É dizer: nesse modelo de Estado a Sociedade tem um maior controle e participação na gestão das políticas públicas.

Deveras, o advento do Estado Democrático de Direito, com a promulgação da Constituição de 1988, aliado ao papel fundamental desempenhado pela doutrina processualista brasileira, possibilitaram o desenvolvimento da tutela jurisdicional coletiva no País<sup>2</sup>, com vistas à concretização da garantia constitucional do amplo acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CRFB).

Não obstante, as idéias de instrumentalidade, efetividade e celeridade passaram a ditar os rumos do processo civil contemporâneo<sup>3</sup>, haja vista que o processo não pode ser compreendido como um fim em si mesmo; antes, é o veículo pelo qual os cidadãos buscam a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado-juiz.

1 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 69.

2 DIDIER JR., Fredie & ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4. ed. Salvador: Jus PODIUM, 2009, v. IV, p. 28-29.

3 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 5.

Ademais, a preocupação com a celeridade processual fez com que a Constituição de 1988 fosse emendada para nela se incluir a garantia, no âmbito judicial e administrativo, da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, da CRFB, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

Nesse contexto, também surge à preocupação dos juristas e da própria Sociedade com a implantação de métodos alternativos de composição de litígios, em superação aos entraves burocráticos usualmente enfrentados no curso da relação processual. A edição da Lei nº 9.307, de 23.09.1996 (que dispõe sobre a arbitragem), é um dos exemplos da busca de novos métodos de solução de conflitos.

## 1 ORIGEM DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Com efeito, o termo ou compromisso de ajustamento de conduta foi introduzido no direito pátrio pelo artigo 211, da Lei nº 8.069, de 13.07.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), sendo, em seguida, consagrado no § 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347, de 24.07.1980 (Lei da Ação Civil Pública), acrescentado pelo artigo 113, da Lei nº 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor), que assim dispõe, *in verbis*:

§ 6º 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.

Ressalte-se, por oportuno, que o veto aposto pelo Chefe do Poder Executivo ao artigo 82, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, embora tenha feito referência ao artigo 113, do mesmo diploma legal, acabou não tendo qualquer eficácia, porquanto inadmissível a existência de veto implícito no direito brasileiro<sup>4</sup>.

Nesse sentido, considera-se que o artigo 113, do Código de Defesa do Consumidor, foi sancionado e promulgado pelo Presidente da República, o que ampliou a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta, não só na tutela dos direitos do consumidor, mas em relação a todos os bens e direitos albergados pela Lei da Ação Civil Pública.

Hodiernamente, o termo de ajustamento de conduta também se encontra previsto de maneira expressa no artigo 876, do Decreto-lei nº 5.452, de 01.05.1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), com a redação dada pela Lei nº 9.958, de 12.01.2000, no artigo 53, da Lei nº

<sup>4</sup> Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no "leading case" sobre a matéria, qual seja: Recurso Especial nº 213.947/MG, Quarta Turma. Rel. o Min. Ruy Rosado de Aguiar. Unânime. DJ: 21/02/2000, p. 132, ao considerar que o compromisso de ajustamento de conduta firmado perante o IBAMA e o Ministério Público constituía título executivo, nos termos do artigo 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública.

8.884, de 11.06.1994 (que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica), com a redação dada pela Lei nº 11.482, de 31.05.2007, e no artigo 79-A, da Lei nº 9.605, de 12.02.1998 (que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), incluído pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 23.08.2001.

De outra banda, consoante entendimento já consolidado tanto na doutrina<sup>5</sup> quanto na jurisprudência<sup>6</sup> pátria, é à ação civil pública o instrumento processual adequado para se pleitear à aplicação das sanções previstas no artigo 12, da Lei nº 8.429, de 02.06.1992 (Lei de Improbidade Administrativa) – que não é, em essência, uma lei de caráter processual –, na tutela do chamado patrimônio público *lato sensu*, enquanto conjunto de bens e direitos, não só de ordem material, mas de valor moral, artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (artigo 1º, IV, da Lei da Ação Civil Pública).

Ademais, convém destacar que a Lei da Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Improbidade Administrativa compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) que, sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se<sup>7</sup>.

## 2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

CARVALHO FILHO<sup>8</sup> traz a seguinte definição para o instituto do termo ou compromisso de ajustamento de conduta de que cuida o § 6º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, a saber:

Podemos, pois, conceituar o dito compromisso como sendo o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais.

*Vexata quaestio* diz respeito à própria natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta. Há quem defenda, na doutrina, a natureza

5 Vide, por todos: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 841.

6 STJ. Recurso Especial nº 199.478/MG. Primeira Turma. Rel. o Min. Humberto Gomes de Barros. Unânime. DJ: 08/05/2000, p. 61.

7 Nesse sentido: STJ. Recurso Especial nº 510.150/MA. Primeira Turma. Rel. o Min. Luiz Fux. Unânime. DJ: 29/03/2004, p. 173.

8 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 7. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 222.

jurídica de *transação*, uma vez que se destina a evitar ou por fim ao litígio<sup>9</sup>; há quem defenda, de outro lado, a natureza de *ato administrativo negocial*, onde somente o causador do dano se compromete, considerando-se que o órgão público que o toma do infrator não é titular do direito transindividual nele objetivado<sup>10</sup>; e, por último, há quem defenda a natureza de *negócio jurídico extrajudicial*, com força de título executivo<sup>11</sup>.

Como observa MAZZILLI<sup>12</sup>, o termo de ajustamento de conduta é eficaz a partir do momento em que é tomado pelo órgão público legitimado. Ademais, quando celebrado extrajudicialmente, isto é, no bojo de procedimento administrativo ou inquérito civil, prescinde de homologação judicial, dando ensejo a um título executivo extrajudicial (artigo 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública, c/c o artigo 585, VIII, do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 11.382, de 06.12.2006).

Referido autor também aponta que na hipótese de o termo de ajustamento de conduta ser tomado pelo órgão do Ministério Público, não se exigirá a homologação do arquivamento do inquérito civil pelo Conselho Superior dessa Instituição, como *condição de eficácia* do compromisso extrajudicial, haja vista que a Lei da Ação Civil Pública não estabeleceu qualquer previsão nesse sentido<sup>13</sup>.

Deve-se, apenas, assegurar a revisão da promoção de arquivamento do inquérito civil pelo Colegiado competente, qual seja: o Conselho Superior do Ministério Público, em relação aos Ministérios Públicos estaduais<sup>14</sup>, e as Câmaras de Coordenação e Revisão, no que concerne ao Ministério Público da União<sup>15</sup>.

9 VIEIRA, Fernando Grella. *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta in Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 221-249.

10 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 422-424.

11 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. op. cit., p. 313.

12 MAZZILLI, op. cit., p. 433-435.

13 Em sentido contrário, é a posição de Rogério Pacheco Alves in *Improbidade Administrativa*. 4ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 594-595. Segundo este autor, o Conselho Superior atua, nessa hipótese, como fiscal do princípio da obrigatoriedade da atuação Institucional.

14 Vide o artigo 9º, §§ 1º e 2º, da Lei da Ação Civil Pública, c/c o artigo 30, da Lei nº 8.625, de 12.02.1993 (Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos estaduais).

15 Vide o artigo 62, IV, da Lei Complementar nº 75, de 20.05.1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União). Referido dispositivo, por sua vez, regulamenta a competência revisional das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. De outro lado, nota-se que não foi atribuída competência revisional à Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho, embora este órgão tenha atribuição de promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, podendo, ainda, firmar termo de ajustamento de conduta (artigo 876, *caput*, da CLT). Por fim, o artigo 171, IV, daquela lei, estabelece expressamente a competência revisional das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Não obstante, o termo de ajustamento de conduta poderá, ainda, ser celebrado nos autos de uma ação civil pública ou coletiva, sendo levado posteriormente à competente homologação judicial. Nesse caso, o título formado deixará de ser extrajudicial para se transformar em *título executivo judicial*, resultando na extinção do processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, II, do Código de Processo Civil<sup>16</sup>.

### 3 DOS ÓRGÃOS QUE PODEM TOMAR TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDOTA

Com efeito, o § 6º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, estabelece que os *órgãos públicos legitimados* (compromissários) poderão tomar dos interessados (compromitentes) compromisso de ajustamento de suas condutas às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, entretanto, se faz necessário investigar o alcance da expressão: *órgãos públicos*.

Não há dúvidas, pois, que entre os *órgãos públicos legitimados* a tomarem termo de ajustamento de conduta dos causadores de dano aos bens e direitos tutelados pela Lei da Ação Civil Pública, estão:

- a) o Ministério Público - órgão que, a despeito de sua autonomia funcional e administrativa outorgada pela Constituição de 1988, integra a estrutura estatal<sup>17</sup> - que possui a função institucional de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, III, da Carta Política de 1988);
- b) as pessoas jurídicas de direito público interno (artigo 41, do Código Civil de 2002), isto é, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Territórios, os Municípios, as autarquias, inclusive as associações públicas, e as demais entidades de caráter público criadas por lei;
- c) a Defensoria Pública, órgão que possui legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública, por força do 5º, II, da Lei da Ação Civil Pública, com a redação dada pela

16 Nesse sentido: Rogério Pacheco Alves. Ob. cit., p. 594. Em sentido contrário, é a posição de José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p. 237-238. Consoante este autor, o compromisso de ajustamento de conduta, ainda que firmado perante o órgão jurisdicional, tem caráter autônomo, valendo, portanto, como título executivo extrajudicial *ex vi legis*. Assim sendo, o efeito de sua celebração em juízo seria a extinção do processo, sem resolução do mérito, pela ausência de interesse processual - condição para o regular exercício do direito de ação -, na forma do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

17 Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 61-62.

Lei nº 11.448, de 15.01.2007<sup>18</sup>, e do artigo 4º, VII, da Lei Complementar nº 80, de 12.01.1994 (que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados), com a redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 07.10.2009. Não obstante, ao dispositivo inserto no artigo 5º, II, daquela lei, deve ser dada interpretação conforme à Constituição, de sorte a restringir a legitimidade ativa da Defensoria Pública às ações visando à tutela de pessoas comprovadamente necessitadas (artigo 134, da Constituição da República de 1988)<sup>19</sup>.

- d) e, por fim, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor (artigo 82, III, do Código de Defesa do Consumidor). É o caso, por exemplo, dos conhecidos *Procons* (Procuradorias de Proteção e Defesa do Consumidor).

De outro lado, estão inegavelmente impedidas de tomarem termo de ajustamento de conduta, por expressa vedação legal, as *associações de direito privado* que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, *ex vi* da alínea “b” do inciso V do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, com a redação dada pela Lei nº 11.448, de 15.01.2007, interpretação esta que também alcançaria as empresas públicas e sociedades de economia mista que, por sua vez, possuem *personalidade jurídica de direito privado*<sup>20</sup>.

Deveras, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta pode ensejar discordância entre os órgãos legitimados à ação civil pública, eis que a legitimação ativa para o ajuizamento de ação civil pública é

18 O dispositivo em questão foi atacado por meio da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.943, requerida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), que se encontra pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

19 Nesse sentido: confira-se o voto-vista do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Teori Albino Zavascki, proferido no Recurso Especial nº 912.849/RS. Primeira Turma. Rel. o Min. José Delgado. Unânime. DJe: 28/04/2008. Consoante aquele Ministro, a comprovação da condição de *pessoa necessitada* ocorreria no momento de liquidação e execução da sentença.

20 Vide os incisos II e III do artigo 5º do Decreto-lei nº 200, de 25.02.1967 (que dispõe sobre a organização da Administração Federal), com a redação dada pelo Decreto-lei nº 900, de 29.09.1969. Nessa linha, é o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p. 220. Já Hugo Nigro Mazzilli defende a possibilidade, em tese, de as empresas públicas *prestadoras de serviço público*, que integram a Administração indireta, tomarem compromisso de ajustamento de conduta, ob. cit., p. 420-421.

*concorrente* e *disjuntiva*<sup>21</sup>. Diz-se *concorrente*, pois, em regra, todos os legitimados podem agir em defesa de interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) e *disjuntiva*, na medida em que os legitimados não estão obrigados a comparecer em juízo em litisconsórcio.

Na hipótese de um legitimado ativo discordar da celebração de determinado termo de ajustamento de conduta, por entender, *v.g.*, caracterizada a ocorrência de um vício de ilegalidade, poderá desconsiderá-lo e ajuizar a competente ação civil pública.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça<sup>22</sup> decidiu que, mesmo existindo um compromisso de ajustamento de conduta firmado perante o IBAMA, o Ministério Público tem interesse de agir para discutir eventual repercussão dos danos à população diretamente afetada, bem como para requerer condenação dos infratores a reparar o meio ambiente, uma vez que as instâncias administrativa e judicial são independentes e a atribuição desses órgãos, para a defesa do meio ambiente, é concorrente.

Entretanto, se a discordância dos legitimados ativos ao ajuizamento da ação civil pública surgir após a homologação judicial do termo de ajustamento de conduta restará a possibilidade de interposição de Recurso de Apelação, visando a elidir sua eficácia, lembrando que, nessa hipótese, estar-se-á diante de um *título executivo judicial*.

Por derradeiro, cumpre destacar que o termo de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações, a ser firmado pela Advocacia-Geral da União (AGU) – órgão que representa, judicial e extrajudicialmente, a União (artigo 131, *caput*, da Carta Política de 1988) –, deverá observar as prescrições constantes dos incisos I a V do artigo 4º-A da Lei nº 9.469, de 10.07.1997, incluídos pela novel Lei nº 12.249, de 11.06.2010, quais sejam:

- a) a descrição das obrigações assumidas;
- b) o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações;
- c) a forma de fiscalização da sua observância;
- d) os fundamentos de fato e de direito; e

21 Nesse sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública – gizontamento constitucional. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 7, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 04 set. 2010.

22 STJ. Recurso Especial nº 265.300/MG. Segunda Turma. Rel. o Min. Humberto Martins. Unânime. DJ: 02/10/2006 p. 247.

- e) a previsão de multa ou de sanção administrativa, no caso de seu descumprimento.

Ademais, a AGU também poderá solicitar aos órgãos e entidades públicas federais manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em termo de ajustamento de conduta, cabendo ao Advogado-Geral da União a decisão final quanto à sua celebração, a teor do parágrafo único do artigo 4º-A da Lei nº 9.469/1997, incluído pela Lei nº 12.249/2010.

#### 4 DA POSSIBILIDADE DE CONCILIAÇÃO NA SEARA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Com efeito, assim dispõe o artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa, *ipsis verbis*:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

*Primo icto oculi*, seria possível afirmar que a Lei de Improbidade Administrativa, em seu artigo 17, § 1º, vedou expressamente a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta, dada a natureza indisponível do interesse em jogo, objeto da repressão da Lei nº 8.429/1992, conforme defende Wallace Paiva Martins Júnior<sup>23</sup>.

No entanto, este autor reconhece que, *de lege ferenda*, seria útil a adoção de institutos que favorecem a *delação premiada* por parte dos autores, beneficiários, cúmplices ou partícipes de atos de improbidade administrativa, confira-se:

Em se tratando de probidade administrativa, a natureza do interesse em particular não permite renúncia a qualquer dos provimentos típicos previstos, pois a indisponibilidade daí derivada é absoluta. As sanções são irrenunciáveis e indisponíveis, não admitindo transação, composição ou acordo, que, se realizados, são absolutamente nulos, e esse traço reforça o entendimento da cumulatividade das sanções. Os co-legitimados ativos do art. 17 não têm disponibilidade

<sup>23</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 415-416. Em sentido semelhante, é a doutrina de Rodolfo de Camargo Mancuso in *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 269-270, ao consignar que na ação de improbidade administrativa, de cunho fortemente repressivo, não há ambiente propício para atos de disposição material ou processual, daí se explicando o artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992.

sobre o patrimônio público ou sobre a moralidade administrativa. Igualmente, não é admissível a desistência da ação proposta.

Contudo, é forçoso reconhecer que, de lege ferenda, será útil e mais eficiente à repressão da improbidade administrativa a dotação de institutos que, mitigando o princípio da indisponibilidade, favoreçam autores, beneficiários, cúmplices ou partícipes de atos de improbidade administrativa que espontaneamente denunciem o fato, seus autores e beneficiários, possibilitando, assim, com a delação premiada, a redução das sanções ou mesmo instituindo uma válvula para a inacumulabilidade nessas hipóteses.

Contudo, esta não parece ser a melhor exegese do artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992. Em primeiro lugar, não é dado aos órgãos públicos legitimados à celebração de termo de ajustamento de conduta fazer qualquer espécie de concessão em favor do infrator (compromitente)<sup>24</sup>.

Ao revés, somente o comprometente é que assume a obrigação de adequar sua conduta às exigências legais, conforme se extrai da literalidade do artigo 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública, o que revela, em conseqüência, a natureza jurídica de *ato administrativo negocial* do termo de ajustamento de conduta.

Ademais, no âmbito da ação civil pública de improbidade administrativa, tanto o Ministério Público quanto a pessoa jurídica interessada – que são os legitimados ativos ao ajuizamento dessa ação (artigo 17, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa) –, atuam em *legitimação extraordinária*, defendendo o patrimônio público *lato sensu* (interesse difuso), em substituição processual de toda a coletividade<sup>25</sup>.

Assim sendo, parte da doutrina pátria vem sustentando a possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta, em sede de ação civil pública de improbidade administrativa, no que concerne às condições, ao prazo e ao modo de reparação integral do dano causado ao erário, sem prejuízo do ajuizamento dessa ação ou da continuidade do processo para aplicação das demais sanções contidas no artigo 12, da Lei de Improbidade Administrativa (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, etc).

Por oportuno, trazemos à baila a lição de Rogério Pacheco Alves<sup>26</sup> sobre o tema, confira-se:

24 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 229.

25 Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal em relação ao Ministério Público, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 208.790/SP. Plenário. Rel. o Min. Ilmar Galvão. Unânime. DJ: 15/12/2000, p. 105.

26 Nesse sentido: Rogério Pacheco Alves, op. cit., p. 595-596.

Não vedou o legislador, no entanto, que se acordasse quanto às condições, ao prazo e ao modo de reparação do dano causado ao erário ou mesmo quanto à perda da vantagem ilicitamente obtida pelo agente (arts. 9º e 818 da Lei nº 8.429/92), inclinando-se por tal solução a melhor orientação doutrinária. Quanto a tais aspectos, como soa evidente, tem-se direitos meramente patrimoniais, disponíveis portanto, nada impedindo que o legitimado, via ajustamento de conduta, sem abrir mão da reparação integral do dano – e da pretensão sancionatória –, acorde quanto às condições de sua mera implementação.

Em resumo: o avençado entre o agente e o órgão legitimado quanto à reparação *integral* do dano (condições, prazo e modo) não impedirá o ajuizamento da ação civil pública para a aplicação das sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (art. 12 da Lei de Improbidade), devendo a celebração do ajuste, no entanto, ser considerada pelo magistrado por ocasião da dosimetria das referidas sanções civis, atuando a integral reparação do dano ou a reversão da vantagem ilicitamente obtida como verdadeira “circunstancia atenuante” no campo da ação por improbidade administrativa. (grifo do autor).

Nessa linha, transcrevemos a doutrina de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.<sup>27</sup> que defendem a possibilidade de conciliação na seara da improbidade administrativa, no que diz respeito à reparação dos prejuízos causados ao erário, assinalando, ainda, que o pedido de reparação integral do dano ao erário pode ser deduzido em outra ação distinta da ação de improbidade administrativa, senão vejamos:

Convém lembrar, no entanto, que não é possível conciliação na ação de improbidade administrativa (art. 17, § 1º, da Lei Federal nº 8.429/1992). 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 exemplo exatamente o pedido de reparação dos prejuízos.

<sup>27</sup> op. cit., p. 315.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já proferiu decisão<sup>28</sup>, na qual homologou termo de ajustamento de conduta firmado entre o Ministério Público e pessoas jurídicas de direito privado, em ação civil pública de improbidade administrativa, que, por sua vez, restou assim ementada, veja-se:

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

Em suma, a Lei de Improbidade Administrativa ao supostamente vedar a conciliação nessas ações (artigo 17, § 1º) quis, em verdade, proibir a realização de concessões pelos legitimados ativos em favor dos ímprobos, mas jamais impedir, na contramão das melhores técnicas contemporâneas de valorização do consenso, a conciliação na seara da improbidade administrativa que se apresenta, inclusive, como uma estratégia preferencial na defesa do interesse público e da moralidade administrativa<sup>29</sup>.

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

De fato, tal possibilidade não se estende a Defensoria Pública, visto que a norma do artigo 17, do aludido diploma legal, encerra verdadeira regra especial – *lex specialis derogat lex generalis* – que prevalece, nesse tema, sobre os dispositivos da Lei da Ação Civil Pública concernentes à legitimação ativa.

28 TJ/RJ. Agravo de Instrumento nº 2004.002.22949. Décima Quinta Câmara Cível. Rel. o Des. Celso Ferreira Filho. Decisão unânime. DJERJ: 09/06/2005, p. 50-53.

29 Nesse sentido: FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 183-184.

## 5 CONCLUSÃO

Consoante acima assinalado, a Lei da Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Improbidade Administrativa, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) que, sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

Não obstante, à ação civil pública é o instrumento processual adequado para se pleitear à aplicação das sanções previstas no artigo 12, da Lei de Improbidade Administrativa, na tutela do chamado patrimônio público *lato sensu*, tendo como legitimados ativos o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada.

À guisa de conclusão, parece-nos perfeitamente viável que os órgãos públicos legitimados ao ajuizamento da ação civil pública de improbidade administrativa tomem dos ímprobos, termo ou compromisso de ajustamento de suas condutas às exigências legais, *no que diz respeito às condições, ao prazo e ao modo de reparação integral do dano causado ao erário*, sem prejuízo do ajuizamento dessa ação ou da continuidade do processo para aplicação das demais sanções contidas no artigo 12, da Lei de Improbidade Administrativa (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, etc).

Ademais, se o termo de ajustamento de conduta for celebrado em juízo ter-se-á verdadeiro reconhecimento da procedência do pedido por parte do comprometente, nos termos do artigo 269, II, do Código de Processo Civil. Vale dizer: em nenhuma hipótese haverá qualquer mitigação do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Nessa ordem de idéias, o termo de ajustamento de conduta revela-se um formidável instrumento na solução de controvérsias de caráter transindividual, envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, inclusive na seara da improbidade administrativa, porquanto atende aos princípios da efetividade da tutela jurisdicional e da celeridade processual (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República de 1988, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004), que decorrem do caráter instrumental do processo.

**REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4. ed. Salvador: Jus PODIUM, 2009, v. IV.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública – gizamento constitucional. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 7, julho/agosto/setembro, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 04 set. de 2010.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VIEIRA, Fernando Grella. *A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta in Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

