
A ATIVIDADE CONSULTIVA DA
ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
NA CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA:
EXPERIÊNCIA DA CONSULTORIA
JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA
JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

*THE ADVISORY ACTIVITY OF THE ATTORNEY GENERAL'S
OFFICE IN THE EXECUTION OF TERMS OF ADJUSTMENT
OF CONDUCT: EXPERIENCE OF LEGAL CONSULTING WITH
THE MINISTRY OF JUSTICE AND PUBLIC SECURITY*

Priscila Helena Soares Piau

*Advogada da União, Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-
Geral da União (EAGU), Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Atos
Normativos da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança
Pública*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Termo de ajustamento de conduta e sua importância para a resolução de conflitos no âmbito da administração pública; 2. Importância da atuação da consultoria jurídica na aferição da legalidade dos termos de ajustamento de conduta; 3. Necessidade de estabelecimento de parâmetros para a atuação do gestor público: discricionariedade limitada quando

da celebração de termos de ajustamento de conduta; 4. O papel da consultoria jurídica na busca pelo não cometimento de abusos quando da celebração do termo de ajustamento de conduta; 5. Novo paradigma normativo no âmbito da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública para celebração de termos de ajustamento de conduta: Portaria MJSP nº 34, de 2021; 6. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo dispor a respeito do papel das Consultorias Jurídicas na celebração dos termos de ajustamento de conduta, notadamente quando do exercício do controle de juridicidade dos atos da administração pública. Considerando que a discricionariedade deve sempre ser pautada pelo interesse público subjacente, entende-se como dever de os órgãos de consultoria orientar o gestor na escolha da medida que se revele mais adequada para a satisfação das finalidades públicas, sem, com isso, incorrer em indevida invasão do mérito administrativo, o qual não deve servir de blindagem aos órgãos públicos para o cometimento de arbitrariedades ou irregularidades.

PALAVRAS-CHAVE: Consultorias Jurídicas. Termos de ajustamento de conduta. Controle de juridicidade dos atos. Administração Pública. Mérito Administrativo.

ABSTRACT: The purpose of this article is to provide for the role of Legal Consultants in the conclusion of the terms of conduct adjustment, especially when exercising legal control over the acts of public administration. Considering that the discretion must always be guided by the underlying public interest, it is understood as the duty of the consulting bodies to guide the manager in choosing the measure that is most appropriate for the satisfaction of public purposes, without incurring undue invasion administrative merit, which should not serve as a shield for public bodies to commit arbitrariness or irregularities.

KEYWORDS: Legal Consultancy. Conduct Adjustment Terms. Control of the Legality of Acts. Public Administration. Administrative Merit.

1. INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho é analisar o papel dos órgãos consultivos da Advocacia-Geral da União na aferição da legalidade dos termos de ajustamento de conduta, com enfoque especial para a atuação da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública e o avanço normativo sobre o tema no âmbito desta Pasta.

Para isso, no primeiro capítulo, abordam-se aspectos gerais referentes ao termo de ajustamento de conduta, com destaque ao seu fortalecimento no âmbito da administração pública, em especial na Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

No segundo capítulo, objetiva-se destacar a importância do atuar dos órgãos de execução da Advocacia-Geral da União, notadamente das Consultorias Jurídicas, quando do exercício do controle de legalidade dos ajustes de conduta.

No terceiro capítulo, advoga-se pela necessidade de estabelecimento de parâmetros mínimos para a atuação do gestor público quando da prática de sua competência discricionária. A discricionariedade, como consabido, não pode ser confundida com arbitrarismos, nem como chancela para o cometimento de irregularidades. Dessa forma, ao se buscar a fixação de balizas gerais para a celebração de termos de ajustamento de conduta, a administração pública acaba conferindo maior segurança jurídica no ato de administrar, permitindo maior controle por parte dos órgãos competentes, dentre os quais destacam-se os órgãos de consultoria junto aos Ministérios e o próprio Tribunal de Contas da União.

A partir desta premissa de que a discricionariedade administrativa não significa arbitrariedade tampouco liberdade irrestrita ao gestor, sustenta-se, ainda, no quarto capítulo constituir dever das Consultorias Jurídicas atuar de forma a evitar o cometimento de abusos quando da celebração do termo de ajustamento de conduta.

Por último, chama-se a atenção para a realidade vivenciada na atualidade pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, o qual, objetivando parametrizar a atuação do gestor, estabeleceu critérios mínimos voltados à celebração dos termos de ajustamento de conduta pela Secretaria Nacional do Consumidor.

Cuida-se de prática inovadora, a qual se revela, do ponto de vista do interesse público e da legalidade, bastante promissora, pois, ao balizar a atuação do administrador no tocante à celebração de ajustes de conduta, o Poder Público acaba contribuindo para o atingimento da finalidade a que se presta o termo de ajustamento de conduta, bem como evitando o

cometimento de abusos e arbitrarismos, em atenção aos princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

1. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O termo de ajustamento de conduta é instituto recente no ordenamento jurídico nacional, haja vista ter sido positivado apenas no final do século XX, com a edição da Lei nº. 8.069, de 1990, a qual, por meio do art. 211, autorizava os órgãos públicos legitimados a tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta. Posteriormente, similar previsão foi inserida pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 113) à Lei nº. 7.347, de 1985, permitindo, assim, o uso do instituto em todo o processo coletivo brasileiro.

Os dispositivos normativos citados têm por fim apenas assegurar como possível a celebração do termo de ajustamento de conduta pelos legitimados, sem, contudo, tecer minúcias a respeito da natureza jurídica do instituto e demais procedimentos para sua adequada utilização, o que ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência.

No que tange especificamente à natureza jurídica, Geisa de Assis Rodrigues advoga por seu enquadramento como um “negócio jurídico da Administração”.

Nesse sentido, salienta a autora (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 qualidades intrínsecas, mas por estar este defendendo os direitos transindividuais.

A doutrina de Ana Luiza Nery (2017, p. 64), por sua vez, enquadra o compromisso de ajustamento de conduta como uma transação híbrida, adotando, para tanto, as seguintes razões:

A outra característica do compromisso de ajustamento de conduta que deve ser observada para diferenciá-lo da transação *stricto sensu* é justamente o fato de unir a manifestação de vontade do particular, que deverá obedecer aos princípios de direito privado, e a manifestação de vontade do órgão público, que deverá obedecer à *principiologia* de direito público.

Assim, podemos dizer que o compromisso de ajustamento de conduta possui natureza jurídica de transação híbrida, porque deve respeitar a *principiologia* do direito público e do direito privado para cumprir os requisitos de validade do negócio jurídico, característica que distingue o ajustamento de conduta da transação, instituto de direito privado inserido no art. 840 do CC.

Dos ensinamentos da autora Ana Luiza Nery, é possível extrair que, como uma transação híbrida, o termo de ajustamento de conduta submete-se à *principiologia* de direito público e privado, razão pela qual deve observância aos princípios da solidariedade, da função social do contrato, da lealdade, e, ao mesmo tempo, aos princípios da legalidade, da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, do interesse público, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e do acesso à justiça.

Por observância aos citados princípios, Geisa de Assis conclui, em sua obra (2011, p. 100-101), que “a realização do termo de ajuste de conduta tem que ocorrer à luz do fim da norma, ou seja, só deve ocorrer quando se revelar a melhor solução para a tutela dos direitos transindividuais”.

Os compromissos de conduta surgiram, portanto, no contexto de se procurar meios alternativos de proteção de direitos transindividuais, de forma a contribuir para uma tutela mais efetiva e adequada desses direitos. Dessa forma, ainda segundo a autora Geisa de Assis (2011, p. 105), o ajuste de conduta não objetiva substituir a atividade jurisdicional, mas complementá-la nos casos em que a solução negociada se revele mais apropriada.

No âmbito da administração pública, especialmente, os termos de ajuste de conduta vêm ganhando especial protagonismo, haja vista constituírem meios ágeis e eficazes para coibir condutas indesejáveis, bem como obter valores aos cofres públicos em menor espaço de tempo.

A Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública, por exemplo, tem se mostrado extremamente favorável à formalização desses compromissos.

Em levantamento realizado pelo próprio órgão considerado o período compreendido entre o ano de 2019 e fevereiro de 2021, constatou-se que,

no ano de 2019, não foi firmado nenhum ajuste; ao passo que, no ano de 2020, foram entabulados quatro; e, no ano de 2021, foi assinado um compromisso, totalizando cinco, dos quais quatro foram termos preventivos relacionados à pandemia da covid-19.

Como se pode antever, no âmbito da Secretaria Nacional do Consumidor, houve um crescimento significativo do número de termos de ajustamento de conduta no ano de 2020, exercício este em que fora publicada a Portaria nº. 71, de 28 de fevereiro de 2020, pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, a qual tinha por fim traçar diretrizes mínimas para a celebração destes negócios. Acredita-se, então, que a publicação desta normativa serviu de incentivo para o fortalecimento deste tipo de instrumento no âmbito daquele órgão, constituindo o início de um futuro promissor voltado à resolução mais célere de conflitos na administração.

Não bastasse isso, acredita-se que o incremento do número de compromissos firmados pela Secretaria Nacional do Consumidor também serviu para o fortalecimento do papel dos órgãos de consultoria junto aos Ministérios, notadamente quando do exercício do controle de juridicidade dos atos. Sobre este ponto específico, passa-se a analisar adiante.

2. IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DA CONSULTORIA JURÍDICA NA AFERIÇÃO DA LEGALIDADE DOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Por força do art. 131 da Constituição Federal, à Advocacia-Geral da União incumbe a representação judicial e extrajudicial da União, cabendo-lhe, nos termos da Lei Complementar nº. 73, de 1993, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Como se observa, à Advocacia-Geral da União é reservado, no plano constitucional, duplo papel, seja na realização da representação judicial e extrajudicial da União, seja no exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

No que tange à atividade de consultoria jurídica, entende tratar-se de uma das funções mais relevantes da advocacia pública, haja vista que “a situação ideal de realização do Direito é o cumprimento espontâneo das normas” (MOESSA DE SOUZA, 2009, p. 166). Presta-se a atividade de consultoria, então, como uma importante forma de prevenção de conflitos jurídicos envolvendo o Poder Público.

Além de contribuir para a redução da morosidade do Judiciário, a atividade de consultoria também se dedica a assegurar maior segurança jurídica na adoção de medidas por partes dos gestores públicos, contribuindo,

assim, para o crescimento do grau de confiabilidade da sociedade nas instituições públicas.

No âmbito da Advocacia-Geral da União, essa importante atividade é exercida por intermédio das Consultorias Jurídicas, nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº. 73, de 1993, as quais constituem órgãos de execução da Advocacia-Geral da União. Dentre as funções exercidas pelas Consultorias Jurídicas, destaque-se a de “assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica”.

Como se vê, incumbe às Consultorias Jurídicas o denominado controle preventivo da juridicidade dos atos da administração. Ensina a doutrina que “tal controle de legalidade é uma obrigação institucional dos procuradores públicos, como um poder-dever que tem como objetivo a proteção do interesse público, ou o interesse de toda a sociedade” (MOURÃO, 2009, p. 136). Sobre este aspecto, esclarece ainda o escólio doutrinário de Patrícia Massa (1997, p. 115-123):

o procurador público, como órgão público, cujas palavras emitidas são as palavras do próprio Estado, está investido do poder-dever de amplo exame da legalidade, não devendo lhe escapar a verificação dos critérios que legitimam a ação da Administração.

Ainda sobre o papel do Advogado Público, destaque-se excerto esclarecedor (MOURÃO, p. 2009, p. 136):

Diante da superação da ideia convencional de legalidade como vinculação positiva do administrador à lei e a, conseqüente, consagração do princípio da juridicidade, que não aceita a ideia da administração vinculada exclusivamente às regras prefixadas nas leis, mas sim ao próprio direito, a atividade consultiva assume uma face ativa de orientação jurídica. Nessa atuação, o Advogado de Estado deve apresentar caminhos permitidos pelo nosso ordenamento, para a efetivação da decisão gerencial, bem como tomar as atitudes necessárias para a correção de ilicitudes e responsabilização dos culpados. Se a função de consultoria permite desvencilhar de amarras causadas por dispositivos legais teratológicos, por outro lado, também autoriza um maior controle do ato administrativo irrazoável, desproporcional ou imoral.

Como se observa, cuida-se de atribuição de suma relevância para a concretização das finalidades do Estado Democrático de Direito, haja

vista ter por objetivo claro e evidente o de conferir à atuação do gestor público maior segurança jurídica, evitando-se, assim, a eclosão de conflitos entendidos como desnecessários e evitáveis.

César Kirsch (2006, p. 81) lembra que a adoção de controle preventivo é também uma questão de obediência ao princípio constitucional da eficiência, senão vejamos:

o governante não pode olvidar que a máquina estatal deve agir com o máximo de eficiência, conforme prevê o art. 37 da Lei Maior, tornando-se, destarte, imperiosa a participação da AGU na elaboração do plano político, para conferir segurança e credibilidade jurídicas, evitar desperdício de tempo e danos aos administrados, assim como prevenir equívocos dos próprios governantes.

Pois bem. Resta evidente que a atuação preventiva realizada pelas unidades de consultoria da Advocacia-Geral da União opera em atenção aos princípios da legalidade, da segurança jurídica e da eficiência, na medida em que confere maior respaldo aos atos expedidos pela administração, provocando, com isso, a diminuição do número de feitos na atividade contenciosa, sem falar no ganho de legitimidade para o ente público cumpridor de seus deveres jurídicos e, ainda, no ganho social para a coletividade decorrente da maior previsibilidade jurídica das condutas do ente estatal.

No caso específico dos termos de ajustamento de conduta, a Advocacia-Geral da União, por meio do Parecer nº 55/2020/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo dirigente máximo da instituição (Despacho do Advogado-Geral da União nº 008), firmou entendimento, partindo de uma interpretação do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997, de que constitui obrigatória a intercessão da Advocacia-Geral da União na celebração dos compromissos de ajustamento de conduta. Nesse sentido, destaque-se excerto esclarecedor:

a) a autorização para celebração de termos de ajustamento de conduta a que se refere o parágrafo único do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997, aplica-se indistintamente a todos os TAC's a serem celebrados pela Administração Pública Federal, incluindo aqueles em que atue como compromitente ou como compromissária, aqueles em que ambas as partes dos instrumentos compõem a Administração, a celebração dos aditamentos correspondentes, bem como se aplica aos TAC's a que se refere o art. 32 da Lei nº 13.848, de 2019, o § 1º do art. 29 da Lei nº 9.656, de 1998, dentre outros previstos em legislação específica, em respeito ao que determina o art. 7º-A da Lei nº 9.469, de 1997;

b) a necessária intercessão da Advocacia-Geral da União prevista no parágrafo único do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997, possui natureza obrigatória, sendo que a manifestação favorável do AGU, ou do órgão delegado/subdelegado, representa condição necessária para a celebração do termo de ajustamento de conduta, não obstante, registre-se que referenciada manifestação da Advocacia-Geral da União, e de órgãos que lhe são vinculados, alcança estritamente aspectos relacionados à juridicidade dos instrumentos, em respeito às competências que são determinadas pelo art. 131 da Constituição Federal, escapando da análise questões de ordem técnica e relacionadas ao mérito administrativo, à conveniência e à oportunidade, considerando que o próprio parágrafo único do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997, determina que “manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em termo de ajustamento de conduta” encontra-se na alçada do órgão (ou entidade) administrativo competente; e (...)

Como se vê, a intercessão da Advocacia-Geral da União prevista no parágrafo único do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997, ou do órgão delegado/subdelegado, representa condição necessária para a celebração dos termos de ajustamento de conduta. Em outras palavras, não há que se cogitar da celebração desses ajustes sem a participação da Advocacia-Geral da União, a qual é exercida por meio de suas Consultorias Jurídicas.

Nesse ponto, impende chamar a atenção para a existência da Portaria AGU nº 12, de 16 de janeiro de 2020 - por meio da qual foi delegada a competência prevista no art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997, ao Consultor-Geral da União, e da Portaria CGU nº 06, de 06 de fevereiro de 2020, a qual subdelega a competência de que trata a Portaria AGU nº 12, de 2020, aos Consultores Jurídicos junto aos Ministérios, quando o órgão da estrutura da Pasta constar como tomador de compromisso.

A partir da edição das Portarias retromencionadas, o que foi feito ainda no início do ano de 2020, passou a ser de competência dos Consultores Jurídicos junto aos Ministérios autorizar a celebração dos termos de ajustamento de conduta, nos termos do que preceitua o art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997, em substituição ao Advogado-Geral da União.

Essa atuação, contudo, da Advocacia-Geral da União e, conseqüentemente, de suas Consultorias Jurídicas, deve ficar adstrita, como restou sedimentado também no opinativo jurídico citado alhures, a apenas os aspectos relacionados à juridicidade dos instrumentos, não abarcando a análise de questões de ordem técnica e relacionados ao mérito administrativo.

Tendo em conta essa limitação de atuação, questionamentos têm se avolumado a respeito dos limites da atuação consultiva, os quais serão melhor abordados adiante.

3. NECESSIDADE DE ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO: DISCRICIONARIEDADE LIMITADA QUANDO DA CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Como já salientado, não há direito adquirido à celebração do termo de ajustamento de conduta. Nesse compasso, tem-se que a realização do ajuste deve ocorrer à luz do fim da norma, ou seja, “quando se revelar a melhor solução para a tutela dos direitos transindividuais” (RODRIGUES, 2011, p. 100-101).

Indo mais além, não só a própria celebração deve estar sob a égide desse fim normativo, como também o seu próprio conteúdo sempre deve favorecer a proteção dos direitos transindividuais. Diante disso, pode-se concluir não ter sido a regra concebida para assegurar eventual direito do transgressor (RODRIGUES, 2011, p. 100-101). Entender em sentido contrário significaria transmutar a própria essência do instituto que passaria a constituir um verdadeiro prêmio para quem sempre violou as normas, o que se revela claramente inconcebível.

O ajuste de conduta tem como importante fim o de promover, frise-se, a prevenção da lesão ao direito transindividual. De igual modo, a norma tem como objetivo ensejar uma tutela mais rápida desse tipo de direito, uma vez que as decorrências da lentidão dos mecanismos formais de justiça se tornam dramáticas para a sua proteção. A relevância dos direitos transindividuais estimulou o legislador a engendrar um mecanismo mais expedito para a sua tutela (RODRIGUES, 2011, p. 100-101).

Ao pretender celebrar, por conseguinte, o termo de ajustamento de conduta, a Administração Pública deve partir da premissa de se tratar sempre de solução negociada mais apropriada, e, por que não, mais eficiente.

Como se sabe, a administração deve agir com presteza, perfeição e rendimento funcional, primando pelo atendimento ao princípio da legalidade (NERY, 2017, p. 83).

Tendo em conta o princípio da legalidade, certo é que já não basta ao Estado agir segundo a lei, deve agir, também, em busca do resultado rápido, perfeito e satisfatório ao atendimento das necessidades e dos interesses coletivos. Assim (NERY, 2017, p. 83),

o princípio da eficiência insere nova lógica ao princípio da legalidade, ao determinar a insurgência de uma legalidade finalística e material

– dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata.

Para José Afonso da Silva (2017, p. 671-672), a eficiência administrativa se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor atender os anseios coletivos.

Pelo princípio da eficiência, toda a ação administrativa deve estar orientada para a concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei. Somente há o respeito e a observância ao princípio da eficiência administrativa quando o administrador respeita o ordenamento jurídico, mesmo diante de finalidade legal efetivamente alcançada (NERY, 2017, p. 83).

Bandeira Mello (2010, p. 117-118) entende que o princípio da eficiência está intrinsecamente ligado ao princípio da legalidade, porquanto o agente que não busca a eficiência não age conforme a lei, configurando-se, portanto, princípio derivado do bem administrar.

Dessa forma, quando da celebração do termo de ajustamento de conduta, a administração não pode agir em contrariedade ao princípio da eficiência, sob pena de assim incorrer em violação ao primado maior da legalidade.

Mesmo que sob o pálio do exercício de competência discricionária, a administração não está alheia ao primado da legalidade e, tão logo, à busca de concretização do princípio da eficiência, haja vista que inexiste discricionariedade pura, quando da decisão de celebração pela administração de termo de ajustamento de conduta, “pois a escolha do melhor caminho e da fundamentação para isso torna o ato administrativo vinculado, desprovido, portanto, de discricionariedade” (NERY, 2017, p. 190). Nessa toada, conclui-se que não existe discricionariedade à margem da lei, e sim em virtude da lei e à medida que a lei tiver disposto (GARCIA DE ENTERRIA, 1998, p. 445). Daí, afirmarem que a discricionariedade é um típico caso de remissão legal e, portanto, obedece ao princípio da legalidade (NERY, 2017, p. 80).

Como se sabe, com a superação do Estado Legal do Direito, a discricionariedade passou a ser compreendida como a liberdade de apreciação limitada pelo direito e também pela moral. Dessa forma (PIETRO, 2012, p. 160):

o princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico e adotado no chamado Estado legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em Estado de Direito propriamente dito.

O princípio da razoabilidade, por exemplo, não está previsto de forma expressa na Constituição da República, mas é possível afirmar que ele está implicitamente previsto no texto constitucional, como decorrência da própria ideia de Estado Democrático e do princípio da legalidade, agora considerado em seu sentido amplo, a abranger tanto o seu aspecto formal (lei em sentido estrito), como também o seu aspecto axiológico, que abarca valores e princípios essenciais à justiça e dignidade da pessoa humana (PIETRO, 2012, p. 202).

Partindo, portanto, da ideia de que a discricionariedade deve obediência ao direito – a abranger, como já salientado, os princípios que integram a base do sistema jurídico, também deve obediência ao princípio da razoabilidade.

Celso Antonio Bandeira de Mello (RDP 86/55-56, apud PIETRO, 2012, p. 220) parte da ideia de que, se a lei outorga poderes discricionários à administração pública, é porque quer que ela, diante do caso concreto, encontre a melhor solução para atender ao interesse público.

Diante disso, não se admite que a administração, valendo-se do exercício de sua competência discricionária, incorra em violação ao princípio da legalidade e, tão logo da eficiência, da razoabilidade, da boa-fé objetiva e do interesse público. Deve a administração, portanto, buscar sempre a melhor alternativa para a resolução do caso concreto, a proporcionar os maiores ganhos coletivos.

Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade, às vezes, se reduz no caso concreto, em que os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução. Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade (PIETRO, 2012, p. 220).

No caso específico do ajuste de conduta, tem-se que o ordenamento jurídico, ao permitir que os órgãos públicos tomem dos interessados compromissos, confere certa margem de disposição, a qual, contudo, deve ser pautada sempre pelo interesse público subjacente, e demais princípios essenciais à manutenção hígida do Estado Democrático de Direito.

Um acordo de vontades celebrado com a observância do rigor da lei – o que, certamente, inclui os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e voltado ao atendimento do bem comum certamente representa “um ganho social muito maior do que uma longa demanda judicial para o alcance do mesmo objetivo” (MOREIRA, 2014, p. 25).

Em contrapartida, caso o ajuste incorra em violação ao primado da legalidade, e seus consectários, impõe-se o controle de legalidade dos atos praticados. Não há que se defender a existência de discricionariedade

pura e simples, no caso, quando restar demonstrado o não atingimento da finalidade legal posta à administração, que é a busca pela melhor solução, aquela que atende certamente os princípios da eficiência, do interesse público e da razoabilidade. Entender em sentido contrário significa dar azo a comportamentos arbitrários e avessos ao direito.

A discricionariedade administrativa não significa, de forma alguma, arbitrariedade nem liberdade irrestrita ao gestor. Por certo, existem limites que precisam ser respeitados, sob pena do ato ser ilegal e ilegítimo. Assim, se um ato aparentemente discricionário exorbitar esses limites, apontar essa ilegalidade não se configurará uma indevida invasão do mérito administrativo, mas tão somente a constatação da ocorrência de ilegalidade. Afinal, nenhum gestor está autorizado pela lei a decidir, com base em um juízo de conveniência e oportunidade, se contraria ou se cumpre a legislação vigente (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 47-48).

Haverá casos, portanto, em que (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 47-48):

para além de qualquer dúvida, qualquer sujeito em uma inteligência normal, razoável (e assim, também, a fortiori, o Judiciário) poderá concluir que, apesar da discricção outorgada pela norma, em face de seus *termos* e da finalidade que a anima, dada situação ocorrida não comportava senão uma determinada providência, ou então que, mesmo comportando mais de uma, certamente não era aquela que foi tomada.

Não há que se falar, portanto, em mera subsunção ao mérito administrativo e, portanto, em questão afeta unicamente ao tomador de decisão - a qual escaparia do espectro de competência da Consultoria Jurídica, quando a redução concedida em eventual multa aplicada ultrapassar o razoável e proporcional e inexistir, nos autos, justificativa mais rigorosa a balizar o benefício concedido. Entender em sentido contrário implicaria a chancela de possíveis abusos e arbitrarismos - os quais, a despeito de terem sido praticados em nome da discricionariedade, não estariam em conformidade com o direito, notadamente tendo em conta a própria finalidade do termo de ajustamento de conduta, que é melhor atender os anseios coletivos e satisfazer, assim, o interesse público.

Diante do exposto, ao apontar supostas ilegalidades e determinar que o órgão escolha discricionariamente outra forma para atingir as finalidades preconizadas pelos normativos vigentes quando da celebração do termo de ajustamento de conduta, especialmente quando inexistem razões a justificar a benesse concedida, não estar-se-á violando o mérito dos atos administrativos discricionários eventualmente editados, mas

tão somente cumprindo o seu dever legal de identificar e determinar a correção de ilegalidades (BRASIL, 2019).

4. O PAPEL DA CONSULTORIA JURÍDICA NA BUSCA PELO NÃO COMETIMENTO DE ABUSOS QUANDO DA CELEBRAÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Como já explicitado, a discricionariedade administrativa não significa, de forma alguma, arbitrariedade nem liberdade irrestrita ao gestor. Por certo, existem limites que precisam ser respeitados, sob pena do ato ser ilegal e ilegítimo. Assim, se um ato aparentemente discricionário exorbitar esses limites, apontar essa ilegalidade não se configurará uma indevida invasão do mérito administrativo, mas tão somente a constatação da ocorrência de ilegalidade.

No caso dos ajustes de conduta, a despeito de recomendado (RODRIGUES, 2011, p. 118), não há, até então, a fixação, para a administração como um todo, de parâmetros mínimos gerais a serem observados pelo gestor público, quando da sua celebração. Entende-se, contudo, que isso, por si só, não impede de as Consultorias Jurídicas, em sede de controle preventivo da juridicidade dos atos da administração, exercerem o seu papel, notadamente em situações nas quais o percentual de redução eventualmente concedido ultrapasse o razoável e proporcional e não exista nos autos justificativa da área técnica suficiente para legitimar a remissão concedida.

Segundo o Supremo Tribunal Federal,

O princípio da proporcionalidade qualifica-se – enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 46, item n. 3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) – como postulado básico de contenção dos eventuais excessos do Poder Público.

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado – inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa –, adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder (...) (BRASIL, 2002).

Como se observa, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes. Dessa forma, ensina o então ministro da Suprema Corte, Celso de Mello que:

A validade jurídico-material das manifestações do Estado, analisadas em função de seu conteúdo intrínseco, passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que pressupõem “não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (...) e a necessidade de sua utilização (...)”, de tal modo que “Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (...)” (GILMAR FERREIRAMENDES, “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, “in” Repertório IOB de Jurisprudência, n. 23/94, p. 475) (BRASIL, 2002).

Partindo dessa compreensão, entende-se que o Estado não dispõe de competência ilimitada para firmar, de forma imoderada e irresponsável, ajustes de conduta, a ponto de gerar com o seu comportamento institucional, situações de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

Nessa linha, reconhece a Suprema Corte (BRASIL, 2002) que, mesmo nas hipóteses de seu discricionário exercício, a atividade administrativa deve desenvolver-se em estrita relação de harmonia com o interesse público, de forma que apresenta-se censurável a validade jurídica de atos estatais que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculem prescrições que ofendam os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos da coletividade.

No caso específico dos termos de ajustamento de conduta, não há que se cogitar na existência de óbice, por si só, para a concessão de percentuais de redução em multas aplicadas.

Como se sabe, o Tribunal de Contas (BRASIL, 2019), ao se debruçar sobre TACs realizados pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL admitiu o perdão de cem por cento da multa cominada no processo administrativo sancionatório. Ocorre que, na hipótese, não se tratava de remissão pura e simples, haja vista que o que, na realidade, se admitiu foi a convalidação do valor integral da multa em obrigação de fazer, e de não fazer.

Conforme destacado pela Corte de Contas (BRASIL, 2019), o recebimento do valor da multa, após longo processo administrativo, é “frequentemente protelado mediante judicialização do feito”, e que a “discricionariedade do regulador para alcançar os objetivos do setor” permite que o termo de ajustamento de conduta se apresente como “alternativa igualmente válida em relação à persecução da sanção pecuniária”.

Ainda naquela oportunidade, fora ressaltado que constitui dever da Corte de Contas (BRASIL, 2019) apontar a existência de irregularidades ou ilegalidades cometidas no curso da instrução dos ajustes de conduta, bem como determinar, se o caso assim convier, que o órgão “escolha discricionariamente outra forma para atingir as finalidades preconizadas pelos normativos vigentes”, sem que, com isso, esteja violando o mérito dos atos administrativos discricionários, “mas somente cumprindo com o seu dever constitucional de identificar e determinar a correção de ilegalidades”.

De igual maneira, entende-se que também é da competência da Consultoria Jurídica, em sede de controle de juridicidade dos atos da administração, evitar o cometimento de irregularidades e de ilegalidades quando da celebração de termos de ajustamento de conduta, inclusive quando restar evidente, a partir da análise do caso concreto, algum desvio de finalidade quando da celebração da avença, não confundindo sua atuação, nesse particular, com invasão indevida do mérito administrativo, mas sim como exercício de seu mister.

Incumbe, portanto, ao órgão de Consultoria orientar a atuação do gestor no sentido, por exemplo, de elaborar manifestação mais rigorosa a justificar a excepcionalidade do desconto concedido em dado caso concreto, notadamente quando o percentual destoa, de forma bastante significativa, de outros casos já firmados pelo órgão, bem como orientar, a depender do caso, que o perdão da multa, na linha do que foi decidido pela Corte de Contas (BRASIL, 2019), seja convolado, na medida do possível, em obrigações de fazer, e não fazer, com vistas a assim satisfazer o interesse público subjacente à celebração dos termos de ajustamento.

Nesse sentido, a atuação da Consultoria Jurídica deve ser no sentido de evitar ilegalidades ou irregularidades, bem como voltar-se sempre para melhor satisfação do interesse público, o que envolve, inclusive, o dever de orientar o gestor público a respeito da melhor forma de agir, sem, com isso, incorrer em indevida invasão do mérito administrativo, como já reconheceu, inclusive, o Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2019).

Nessa toada, existentes casos de clara disparidade no que tange à concessão de desconto, entende-se como dever da Consultoria Jurídica atuar junto ao setor competente, exigindo maior rigorismo na exposição dos motivos que levaram à adoção de tais medidas, o que se faz em atenção

ao princípio da segurança jurídica, da legalidade e da eficiência. Resta claro, como já salientado, que inexistem óbices à concessão de descontos, notadamente quando ausente norma nesse sentido, ocorre que isso não impede uma atuação mais diligente do órgão de consultoria no sentido de evitar o cometimento de irregularidades no âmbito da administração.

5. NOVO PARADIGMA NORMATIVO NO ÂMBITO DA SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA PARA CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: PORTARIA MJSP Nº 34, DE 2021

Como já exposto alhures, é dever das Consultorias Jurídicas orientar a atuação do gestor público, quando da celebração dos ajustes de conduta, de forma a buscar sempre a solução mais adequada para o caso concreto. O papel dos órgãos de consultoria, nesse particular, é de extrema relevância e importância para a condução regular destes processos no âmbito da administração e, com isso, satisfação das finalidades públicas dispostas na lei.

Ausente regramento legal, entende-se que a atuação da Consultoria não resta inviabilizada. Contudo, o ideal, até mesmo para fins de maior segurança jurídica, é que haja, sempre que possível o estabelecimento de balizas mínimas voltadas a nortear a atuação do gestor público. Nesse sentido, inclusive, vaticina Geisa de Assis (2011, p. 118),

A ausência total de regras básicas de formulação do ajuste também pode representar um limite ao acesso à justiça pretendido pelo ajuste, simplesmente porque essas regras podem contribuir para que a prática do ajuste seja cada vez mais recorrente e segura.

Como se pode observar, a autora Geisa de Assis (2011, p. 118) também corrobora, em sua obra, com o entendimento a respeito da necessidade de estabelecimento mínimo de regras voltadas à celebração do ajuste. Segundo a autora, tal medida favorece a realização de termo de ajustamento de conduta “na forma mais adequada possível”.

Alinhado a este entendimento, o Ministério da Justiça e Segurança Pública editou, ainda no ano de 2020, a Portaria nº. 71, de 28 de fevereiro de 2020, a qual dispunha de regras, em suma, procedimentais para formalização de termo de ajustamento de conduta nos processos administrativos sancionatórios no âmbito da Secretaria Nacional do Consumidor.

No que tange propriamente à atividade consultiva, a Portaria assim disciplinava:

Art. 11. A Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública será instada a se manifestar sobre a legalidade do termo de ajustamento de conduta depois de concluídas as negociações no âmbito da Secretaria Nacional do Consumidor.

§ 1º A celebração de termo de ajustamento de conduta deverá obedecer às orientações da Advocacia-Geral da União aplicáveis.

§ 2º Ao Advogado-Geral da União compete autorizar a celebração do termo de ajustamento de conduta de que trata esta Portaria, nos termos do parágrafo único do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

Como se vê, o ato normativo em apreço em nada inovou no ordenamento jurídico vigente no que se refere à atuação dos órgãos consultivos. Em verdade, a Portaria nº. 71, de 2020, apenas reforçou a necessidade de intercessão obrigatória da Advocacia-Geral da União quando da celebração dos termos de ajustamento de conduta, o que vai ao encontro da previsão inserta no art. 11 da Lei Complementar nº. 73, de 1993, bem como do entendimento firmado pela Advocacia-Geral da União no Parecer nº. 55/2020/DECOR/CGU/AGU.

De toda forma, o citado ato normativo foi considerado um importante avanço no campo normativo, especialmente por reforçar a necessidade de participação da Consultoria Jurídica. Embora, como já salientado, esta previsão decorresse já de comando posto na legislação ordinária, pode-se constatar a existência, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, de termos de ajustamento de conduta firmados sem qualquer participação dos órgãos de consultoria, como, por exemplo, ocorreu com o ajuste firmado, nos anos de 2014 e 2016, respectivamente, entre a Secretaria Nacional do Consumidor e a BV Financeira (BRASIL, 2017a) e entre a primeira e a empresa Magazine Luiza (BRASIL, 2017b). Dessa forma, a Portaria nº. 71, de 2020, nesse tocante, representou importante passo na consolidação do entendimento a respeito da necessidade de participação da Consultoria na análise de juridicidade dos termos de ajustamento de conduta.

A despeito se tratar de medida de importância salutar, no ano de 2021, vislumbrou-se a necessidade de aperfeiçoamento da Portaria nº. 71, de 2020, o que levou, então, à edição da recente Portaria nº. 34, de 28 de janeiro de 2021.

A Portaria nº. 34, de 2021, foi editada na gestão do então Ministro de Estado, André Luiz de Almeida Mendonça e trouxe uma série de melhorias para a temática, as quais vão no sentido de conferir maior eficiência à

celebração deste tipo de instrumento, o qual, como já exaustivamente salientado, não deve servir como prêmio para o transgressor, mas sim deve ser adotado apenas quando se revelar como a solução mais apropriada para o caso concreto (RODRIGUES, 2011, p. 100-101).

Dentre as principais inovações trazidas pela Portaria nº. 34, de 2021, destacam-se:

- (1) criação de Comissão responsável pela fase de negociação do termo de ajustamento de conduta, a qual contará com a participação, inclusive, de representantes da Consultoria Jurídica (art. 10 ao art. 14);
- (2) previsão expressa a respeito da possibilidade de ser ajustado com o compromissário o cumprimento de obrigações de fazer, as quais deverão compensar, ainda que parcialmente, a redução concedida em transação da pena pecuniária (art. 17);
- (3) estabelecimento de requisitos mínimos para a concessão de desconto no termo de ajustamento de conduta e a limitação do fator de desconto a até cinquenta por cento do valor da pena de multa, esperada ou aplicada (art. 18); e
- (4) previsão expressa a respeito da perda dos benefícios concedidos, caso haja descumprimento das obrigações assumidas pelo compromissário (art. 28).

Como se observa, cuida-se de inovações importantes, as quais reforçam, ainda mais, o papel da Consultoria Jurídica, que contará com representantes desde a fase de negociação. Nesse ponto, importante chamar a atenção que a participação da Consultoria na fase de negociação limitar-se-á, segundo o § 4º do próprio art. 12 da Portaria nº. 34, de 2021, à análise de juridicidade do termo de ajustamento de conduta, em nada se confundindo, por certo, com o mérito administrativo propriamente dito, o qual continua sendo de alçada do gestor público.

Essa participação na Comissão também, segundo a normativa (§ 2º do art. 22 da Portaria nº. 34, de 2021), não exonera da obrigação de submissão formal do ajuste, ao final do processo de negociação, à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública para análise jurídica conclusiva da avença. Uma vez opinado favoravelmente, o processo seguirá para autorização de que trata o art. 4º-A da Lei nº. 9.469, de 1997, e, por último, à subscrição das autoridades competentes

Com a participação da Consultoria nestas duas fases, negociação e análise conclusiva, a Portaria nº. 34, de 2021, acaba por conferir especial relevo a estes órgãos consultivos e ao papel do advogado público no curso de todo o processo, contribuindo, assim, para a garantia de maior segurança jurídica aos atos praticados pelo gestor público e, com isso, a adoção de medidas voltadas ao interesse público e aos demais princípios regentes da administração.

Superado este aspecto, urge destacar, ainda, que a proposição pretende também estabelecer balizas mais concretas para a celebração dos termos de ajustamento de conduta no âmbito da Secretaria Nacional do Consumidor, como, por exemplo, o estabelecimento de limite máximo de cinquenta por cento para a concessão de desconto. Com isso, a administração pública, desde já, fixa o quantum máximo de redução é possível em sede de ajustes de conduta, evitando-se, assim, eventuais questionamentos entre os interessados na hipótese de reduções em patamares flagrantemente díspares, bem como a prática de irregularidades ou arbitrariedades. Ao mesmo tempo, a medida confere segurança jurídica ao gestor, bem como maior legitimidade aos seus atos, permitindo o atingimento da finalidade a que se propõem os compromissos - que é obter a melhor solução para a tutela dos direitos transindividuais, em plena observância dos princípios da eficiência, da legalidade e da segurança jurídica.

Outro ponto que merece ser destacado é a previsão a respeito da possibilidade de ser ajustado com o compromissário o cumprimento de obrigações de fazer, as quais deverão compensar, ainda que parcialmente, o desconto concedido em transação da pena pecuniária. Tal proceder já foi, conforme salientado, admitido pela Corte de Contas, segundo a qual:

pelo princípio da supremacia do interesse público, o TAC não poderá ser firmado se os benefícios privados da prestadora, seja por deixar de quitar as multas aplicadas, seja pelos investimentos adicionais em rede que serão incorporados ao seu ativo, forem superiores ao benefício coletivo da sociedade (BRASIL, 2019).

Como se observa, a celebração dos ajustes não deve implicar a obtenção de benefícios privados superiores ao promovido no âmbito coletivo. Dessa forma, ao invés de se proceder à redução pura e simples da multa, apresenta-se mais recomendável do ponto de vista do princípio da supremacia do interesse público sua convação em obrigação de fazer. Nesse sentido, inclusive, já se manifestou o então Ministério do Planejamento, em nota oficial da qual teve acesso o Tribunal de Contas da União que tratava

sobre o projeto de lei que prevê a migração das concessões de telefonia fixa para autorizações do mesmo serviço, senão vejamos:

A realização de TAC não pode ser vista como regra, mas uma exceção. Em princípio, o TAC deve ser adotado para sanar alguma irregularidade, tendo como passo inicial o fim de qualquer conduta prejudicial aos usuários. O TAC não pode e não deve passar o sentimento de que vale à pena cometer infração. Daí que, além da correção da conduta irregular, sejam previstos compromissos extras – que podem, inclusive, prever cobertura de serviços em áreas deficitárias. Tais compromissos adicionais, no entanto, devem ser balizados por critérios como o número de usuários beneficiados, a capacidade econômica da compromissária, a vantagem auferida pela compromissada pela infração e o montante dos investimentos necessários para a realização do compromisso de cessação da conduta irregular. (BRASIL, 2019; grifo nosso).

Como se pode perceber, o Ministério da Justiça e Segurança Pública tem envidado esforços contínuos no sentido do aperfeiçoamento normativo relativo ao tema dos termos de ajustamento de conduta, permitindo, assim, um melhor atuar da Consultoria Jurídica, conferindo maior segurança ao gestor público, e garantindo maior satisfação das finalidades públicas ao buscar sempre o alcance da solução mais apropriada para o caso concreto.

A edição das Portarias supracitadas representou, no âmbito institucional, um avanço desmedido no tema referente ao ajuste de conduta, tendo por efeito, acredita-se, o incremento deste tipo de instrumento junto a esta Pasta ministerial, o que se revela positivo, haja vista que reduz os custos relativos à litigância junto aos órgãos do Poder Judiciário, além de promover uma tutela mais efetiva dos direitos transindividuais. Nada há a perder. Em verdade, o ganho de tais medidas parece ser inevitável, o que poderá ser percebido daqui a alguns anos.

Não bastasse isso, as citadas Portarias, ao normatizarem assuntos reputados sensíveis, acabaram por reduzir diversos dos problemas existentes em torno do tema, como, por exemplo, os limites a serem observados quando da redução de valores nos ajustes.

Como já destacado alhures, ausente balizamento normativo, a administração pública ao promover a redução de eventual multa aplicada em patamares díspares uns dos outros poderia dar azo a questionamentos entre os propensos interessados a respeito dos limites de discricionariedade do gestor público no caso concreto, bem como sobre o real atingimento do interesse público quando da concessão de eventual percentual elevado de redução.

Ocorre que, com a edição da Portaria nº. 34, de 2021, e, consequente, fixação do patamar máximo de redução em cinquenta por cento, esses questionamentos, acredita-se, tendem a reduzir ou, quiçá, ser eliminados, o que poderá ser sentido apenas com a passar dos anos e celebração dos termos de ajustamento de conduta pela administração.

A fixação deste percentual em âmbito normativo também auxiliará a Consultoria no exercício do controle de juridicidade dos atos. Como já defendido alhures, a ausência de regramento a respeito do tema não impede, por si só, a Consultoria de atuar de forma a impedir o cometimento de abusos e irregularidades, haja vista a necessidade de observância por parte da administração como um todo dos princípios da eficiência, legalidade e do interesse público. De toda forma, uma vez existente norma, a atuação dos órgãos consultivos acaba por ser reforçada – como ocorre no caso, produzindo, assim, efeitos mais contundentes.

Outro ponto que merece atenção é a convação das quantias devidas a título de multa em obrigação de fazer. Antes, não havia previsão normativa a respeito do tema. Agora, não apenas assegura essa possibilidade como recomenda, ao prever, no § 4º do art. 18, que “as obrigações de fazer compensarão, ainda que parcialmente, o desconto concedido em transação da pena pecuniária”, tendo como norte o princípio da supremacia do interesse público.

6. CONCLUSÃO

Às Consultorias Jurídicas, como já salientado no decorrer deste trabalho, é conferida a competência para o controle preventivo de juridicidade dos atos da administração pública. Tal atribuição justifica a atuação dos órgãos de consultoria, quando da análise dos termos de ajustamento de conduta. Esse atuar deve se voltar sempre para a garantia da função social a que se presta este instrumento, bem como à tutela dos princípios da legalidade, eficiência, interesse público e segurança jurídica, de forma a que o mérito administrativo jamais e, em hipótese alguma, sirva de blindagem aos órgãos públicos para o cometimento de arbitrariedades.

Assim, se o negócio contiver prestação exagerada ou desproporcional, ou vantagem exagerada a uma das partes, entende-se legítima a atuação das Consultorias Jurídicas, seja no sentido de exigir motivação mais rigorosa para a prática do ato, seja, até mesmo, no sentido de orientar o gestor na adoção de solução mais adequada ao caso concreto.

Como consabido, no Estado Democrático de Direito, mesmo os atos ditos discricionários não são absolutamente livres de constrangimentos, estando sujeitos ao império da lei. Isso significa que a discricionariedade

assegurada aos órgãos públicos legitimados para tomar compromisso há de ser exercida dentro do espaço demarcado pelo direito e, por isso, passível de ser aferida em sede de controle de legalidade pelas Consultorias Jurídicas.

No âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, objeto de análise deste trabalho, as Consultorias Jurídicas vêm adquirindo especial relevância nessa temática, o que se pode depreender da recente Portaria nº. 34, de 2021, a qual reforça o importante papel desempenhado por estes órgãos. Não bastasse isso, este ato normativo também, ao que parece, tem servido para fortalecimento deste tipo de instrumento, ao buscar estabelecer balizas mínimas voltadas à celebração destes negócios na Secretaria Nacional do Consumidor.

Os ganhos que se pretende alcançar são inúmeros e já foram sentidos desde a edição da Portaria nº. 71, de 2020, ato este inicial voltado à regulamentação do tema. Ora, com o estabelecimento de regramentos mínimos, não só se está conferindo maior segurança jurídica ao gestor público, como também permitindo um melhor exercício da competência conferida às Consultorias Jurídicas, e, com isso, possibilitando a satisfação dos princípios da legalidade, da eficiência e do interesse público, ao se buscar a melhor solução para o caso concreto.

Se antes da edição destes atos normativos já era possível inferir a respeito do importante papel desempenhado pelos órgãos de consultoria quando da análise dos ajustes de condutas, seja por meio da exigência de maior rigorismo na exposição dos motivos que levaram à adoção de tais medidas, seja por intermédio de orientação ao gestor a respeito da melhor conduta a ser adotada, agora, com o advento da recente Portaria nº. 34, de 2021, dúvidas não remanescem a respeito do cabimento deste tipo de atuação, sempre voltado à satisfação do interesse público e alcance da tutela mais rápida dos direitos transindividuais.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Controle judicial de atos administrativos*. RDP 86/55-56, apud PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. *Discrecionariedade administrativa na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 213.

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 8ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. STF, ADI 2667 MC, Relator: Celso de Mello, *Tribunal Pleno*, julgado em 19/06/2002, DJe 01/07/2002.

BRASIL. *Processo SEI nº. 08000.028827/2013-12*, em que consta o Parecer nº. 00320/2017/CONJUR-MJSP/CGU/AGU, da Coordenação de Justiça, Cidadania e Assuntos Estratégicos da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, proferido em 07/03/2017a.

BRASIL. *Processo SEI nº. 08012.008955/2012-20*, em que consta o Parecer nº. 01814/2017/CONJUR-MJSP/CGU/AGU, da Coordenação de Licitação e Contratos Administrativos da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, proferido em 13/11/2017b.

BRASIL. TCU, TC 022.280/2016-2, *Acórdão n.º 2121/2017-TCU-Plenário*, relatoria do Ministro Bruno Dantas, julgado em 27/09/2017.

BRASIL. TCU, TC 022.280/2016-2, *Acórdão n.º 716/2019-TCU-Plenário*, relatoria do Ministro Bruno Dantas, julgado em 27/03/2019.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: LTr Editora Ltda, 2013.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Curso de derecho administrativo*. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. vol. 1.

MOESSA DE SOUZA, Luciane. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús (coord.). *Advocacia de estado: questões institucionais para a construção de um estado de justiça - estudo em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 163-185.

MOREIRA, Alinie da Matta. A conveniência e oportunidade aplicada aos compromissos assumidos pela Administração Pública em Termo de Ajustamento de Conduta. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 14, n. 157, p. 24-31, mar. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=105494>. Acesso em: 13 mar. 2020.

MOURÃO, Carlos Figueiredo. A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração. In: GUEDES, Jefferson Carús (coord.). *Advocacia de estado: questões institucionais para a construção de um estado de justiça - estudo*

em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 128-137.

NERY, Ana Luiza. *Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PANICACCI, Fausto Luciano. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria, prática, vantagens da solução negociada e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. (Série IDP).

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade administrativa na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

