

O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NA RESOLUÇÃO CNMP Nº 179, DE 26 DE JULHO DE 2017: natureza jurídica e a previsão de cabimento de TAC em relação às condutas configuradoras de improbidade administrativa

Gregório Assagra de Almeida

Promotor de Justiça Assessor do Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

O Conselho Nacional do Ministério Público aprovou a Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017, que *Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei no 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta.*

Apesar de existirem polêmicas sobre as competências do CNMP para disciplinar determinadas matérias constantes na citada Resolução, não iremos adentrar este complexo aspecto neste breve texto.

No geral, quanto ao conteúdo da norma, tem-se que os principais pontos da regulamentação são positivos e existem avanços significativos em termos de disciplina do Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Consta do artigo 1º, *caput*, da Resolução CNMP nº 179/2017:

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

Nota-se no dispositivo transcrito um avanço muito expressivo na nova regulamentação. O Compromisso de Ajustamento de Conduta é concebido como instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos cuja defesa incumbe ao Ministério Público. Conceber esse importante instrumento como garantia de tutela de direitos significa inserir o TAC no rol das garantias fundamentais do cidadão, o que é amparado constitucionalmente pela cláusula aberta dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais prevista no art. 5º, § 2º, da CR/1988. Assim, fica claro que não cabe em relação ao Compromisso de Ajustamento de Conduta interpretação restritiva e, na sua condição de garantia fundamental, está o TAC protegido pelo princípio da proibição de retrocesso social.

Outra inovação muito importante é o rol dos direitos e interesses que poderão ser objeto de TAC, que é aberto (meramente exemplificativo), abrangendo, assim, direitos ou interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e, individuais indisponíveis, já que seriam outros direitos cuja defesa o Ministério Público está incumbido.

A natureza atribuída ao TAC é de negócio jurídico, conforme previsto expressamente no art. 1º transcrito. A regulamentação deixa claro, assim, que o TAC é mecanismo que deve ser construído no âmbito de uma negociação legítima, não se tratando de uma imposição arbitrária por parte dos órgãos públicos legitimados para esse fim.

Estabelece, também, o § 1º do art. 1º da Resolução CNMP nº 179/2017 que, por não ser o Ministério Público o titular do direito objeto do TAC, essa Instituição não poderá fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos

ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação, diz literalmente o texto da regulamentação, à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados. O TAC, destarte, em termos dos bens jurídicos que por ele poderão ser tutelados, quando tomado pelo Ministério Público, é mecanismo de resolução consensual por intermédio do reconhecimento jurídico da pretensão que poderá, caso não haja consenso, ser pleiteada jurisdicionalmente.

Um pouco mais sobre a natureza jurídica do TAC. Na verdade, a depender do ângulo da análise, o TAC possui natureza jurídica plúrima: é *garantia fundamental de acesso à justiça* para a tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos e, no caso do Ministério Público, também na defesa dos direitos individuais indisponíveis; é *negócio jurídico* que deverá ser construído pelo diálogo e pelo consenso, e não uma imposição arbitrária; possui a natureza jurídica, ainda, no plano do direito processual, de *título executivo extrajudicial*.

Há na regulamentação em análise um aspecto muito polêmico, que é justamente a previsão de admissão de compromisso de ajustamento de conduta em relação às condutas configuradoras de ato de improbidade administrativa (art. 1º, § 2º, da Resolução CNMP 179/2017. Prevê, assim, o mencionado § 2º do art. 1º: “*É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado*”.

Há muitas discussões sobre esse assunto atualmente. Há aqueles que defendem com toda ênfase o cabimento de TAC em atos de improbidade administrativa, sustentando, por exemplo, que hoje se admitem até acordos e, em certa medida, transações em matéria penal em casos complexos, relacionados com bens jurídicos penais difusos, como nos casos das colaborações premiadas (Lei Federal nº 12.850/2013 (arts. 4º/7º)). Há os que negam essa possibilidade de forma ampla e irrestrita, isso com o argumento no sentido de que existe proibição expressa na Lei nº 8.429/1992, art. 17, § 1º, sendo certo que, somente por intermédio de uma alteração legislativa desse dispositivo, seria possível conciliação e/ou transação em improbidade administrativa. E, também, há aqueles que sustentam o cabimento de TAC em improbidade administrativa com restrição ou com a aplicação do princípio da insignificância, conforme prevê, neste caso, a Resolução 01/2017 do Conselho Superior do Ministério Público do Paraná.

Não há espaço para ampliar essa análise no presente texto. Por isso, somente serão tecidas algumas considerações.

Ressalta-se que há quem apresente o argumento da possibilidade de conciliação em relação às condutas configuradoras de Atos de Improbidade Administrativa com fundamento no § 4º do art. 36 da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), que tem a seguinte redação: “*nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator*”.

Na verdade, esse argumento é relativamente fraco, pois a redação do texto transcrito refere-se às conciliações tratadas no *caput* do art. 36, isso quando a matéria cujo objeto do litígio estiver sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela houver decisão do Tribunal de Contas da União. Nesses casos, a

conciliação prevista no art. 36, *caput*, dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Há também argumentos na defesa da possibilidade de conciliação e transação em improbidade administrativa com base no Art. 3º, *caput*, e §2º, da Lei de Mediação (Lei Federal nº 13.140/2015). Prevê o *caput* do citado artigo que poderá ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Nesses casos de direitos indisponíveis, o § 2º do mesmo artigo estabelece que *o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público*. Pretender extrair desta previsão a possibilidade de conciliação ou transação em improbidade administrativa é um argumento fraco, já que o dispositivo está voltado nitidamente para os direitos indisponíveis que admitem graus de transação.

Enfrentando a temática, Emerson Garcia já sustentou que o termo de ajustamento de conduta não se presta à consensualidade de colaboração ou de pura reprimenda, pois o termo não é suficiente para afastar o ilícito e a sanção correlata e, ainda que o infrator venha a celebrá-lo, não ficará livre de sanções propriamente ditas que restrinjam a sua esfera jurídica. O termo será um acordo integrativo, não substitutivo da sanção cominada. E mais: assevera também Emerson Garcia:

a) diversamente da omissão, há vedação expressa, já que, ontologicamente, a consensualidade pode ter a natureza jurídica de verdadeiro acordo (a exceção fica por conta da colaboração do autor do ilícito com as autoridades, com o posterior reconhecimento da utilidade das informações, pelo Poder Judiciário, daí decorrendo a obtenção de algum benefício), o que é vedado pelo art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992; (b) os órgãos públicos agem com amparo no princípio da legalidade, o que significa dizer que não podem atuar contra ou à margem da lei; (e) o poder de disposição dos órgãos envolvidos na persecução dos ilícitos praticados consubstancia exceção à regra geral da obrigatoriedade, que se desprende do dever de agir nela previsto. A existência da vedação contida no art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 configura obstáculo de difícil superação. Afinal, a única forma de superá-lo seria reconhecer a presença de um conflito com outra norma do sistema, superior ou posterior, daí decorrendo a revogação dessa vedação. Ocorre que tal antinomia ou contradição normativa simplesmente não existe. E mesmo que a revogação tivesse ocorrido, ainda teríamos de superar a inexistência de qualquer balizamento procedimental para a aplicação das sanções. (GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992, in site da CONAMP).

Em abordagem ampla sobre a transação em relação a direitos indisponíveis, Elton Venturi já escreveu um excelente artigo afirmando que a inegociabilidade dos direitos indisponíveis constitui premissa histórica no sistema de justiça brasileiro, que foi na verdade construída a partir de uma política protecionista que enxerga na pura e simples retirada de qualquer poder de deliberação a seu respeito por parte dos seus titulares, a melhor forma de garanti-los. Para Venturi a indisponibilidade não pode implicar presunção de inegociabilidade. O autor apresenta três motivos:

A) A transação não importa necessariamente renúncia ou alienação dos direitos. Há diferentes modelos negociais que redundam, evidentemente, em consequências distintas relativamente à cessão de direito material que caracteriza os processos de transação; B) Ao contrário do que se poderia pensar, a titularidade dos direitos indisponíveis não é afastada – senão reafirmada - por conta do respeito à autonomia das vontades direcionadas à realização de eventuais transações sobre eles; C) Ainda que assim não fosse, não parece mais razoável que o Estado simplesmente restrinja ou impeça o pleno exercício das titularidades sobre os direitos indisponíveis – e, portanto, de eventualmente se negociá-los - sob abstratas presunções de que estaria tutelando toda a sociedade ou os seus titulares contra si mesmos, na medida da sua incapacidade de livre manifestação de vontades. Conclui o autor que negociar os direitos, inclusive os indisponíveis, poderá ser a melhor ou a única opção para sua efetiva proteção. (VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? Revista de Processo, vol. 251/2016, n. 391, Jan/2016).



O certo é que a possibilidade de Compromisso de Ajustamento de Conduta em condutas configuradoras de improbidade administrativa é um assunto muito polêmico. Para essa admissibilidade, acredita-se que há alguns pontos que precisam ser enfrentados. O primeiro deles refere-se à interpretação constitucional sobre as competências do CNMP, a teor do art. 130-A, §2º, da CR/1988 (dispositivo inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004), para disciplinar e inovar no campo das atribuições do Ministério Público. Assim, estaria o CNMP autorizado constitucionalmente para regulamentar e inovar, mesmo que contra texto literal de lei, no campo das atribuições do Ministério Público?. Em caso positivo, o § 2º do art. 1º da Resolução nº 179/2017 teria plena aplicabilidade. O segundo caminho seria trabalhar com o diálogo entre as diversas fontes legislativas, de modo a utilizar-se dos acordos e transações na área penal como nítida evolução do sistema, de modo a permitir também acordos em atos de improbidade administrativa. Esse caminho argumentativo é muito interessante, mas é necessário construir uma regulamentação sobre o modo de proceder no TAC sobre improbidade administrativa que deixe claro que o acordo, diante do caso, será a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais da sociedade relacionados com as violações decorrentes de improbidade administrativa.

Pelo que se interpreta dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Resolução CNMP nº 179/2017, o compromisso de ajustamento de conduta em relação às condutas configuradoras de improbidade administrativa somente será cabível se os praticantes da improbidade administrativa reconhecerem previamente pelo menos o mínimo dos pedidos que Ministério Público espera que seja acolhido pelo Judiciário caso não haja acordo. Seria como se fosse um reconhecimento prévio dos pedidos que o Ministério Público espera que sejam acolhidos pelo juiz da causa.

Por força do art. 13 da Resolução CNMP nº 179/2017, cada unidade do Ministério Público deverá adequar seus atos normativos que tratem sobre o compromisso de ajustamento de conduta aos termos da citada Resolução, isso no prazo de cento e oitenta dias, a contar de sua entrada em vigor. Serão muitos os desafios das unidades do Ministério Público para a adequação dos seus atos normativos quanto aos acordos em condutas configuradoras de improbidade administrativa. As Escolas Institucionais do Ministério Público poderão contribuir para essas discussões, até porque o art. 14 da Resolução CNMP 179/2017 estabelece que as Escolas do Ministério Público ou seus Centros de Estudos deverão promover cursos de aperfeiçoamento sobre técnicas de negociação e mediação voltados para a qualificação de Membros e servidores com vistas ao aperfeiçoamento da teoria e prática do compromisso de ajustamento de conduta.

Referências bibliográficas:

GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992, *in: site da CONAMP*).

VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? Revista de Processo, vol. 251/2016, n. 391, Jan/2016).