

O TAC À LUZ DAS NORMAS FUNDAMENTAIS E A POSSIBILIDADE DE IMPORTAÇÃO DAS TÉCNICAS DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Bruna Bisi Ferreira de Queiroz¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a análise do Termo de Ajustamento de Conduta à luz das normas fundamentais e a possibilidade de importação das técnicas de mediação e de conciliação, com a nova visão do Código de Processo Civil que incentiva a utilização de soluções consensuais. Diante da dimensão do tema a possibilidade de importação das técnicas será feito um recorte em relação à Lei de Improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992) com a alteração promovida pela Lei nº Lei 13.964 de 24 de dezembro 2019, que permitiu o uso do termo de ajustamento de conduta nos casos de improbidade administrativa. Baseando-se na legislação e pesquisa bibliográfica referente ao tema este artigo busca mostrar que as soluções consensuais são um meio presente e efetivo para a resolução de conflitos além de necessários para se alcançar uma tutela efetiva, célere e menos onerosa. Por fim, ainda que o Código de Processo Civil de 2015 incentive os meios consensuais, e a Lei de Mediação tenha previsão expressa quanto a sua utilização pelo poder público, entendemos ser importante uma legislação específica sobre a temática, pois situações novas causam um ambiente de insegurança jurídica diante da cultura do medo instaurada no âmbito de atuação dos agentes públicos, fenômeno conhecido como “apagão das canetas”, que se revela dado o rigor com que atuam os órgãos de controle tem ocorrido a paralisia ou retardo na análise de processos e tomada de decisões.

Palavras-chave: TAC; normas fundamentais; técnicas; mediação; conciliação.

¹ Especialista em Direito Público pela Anhanguera. Advogada.

INTRODUÇÃO

Para compreendermos o tema precisamos compreender a nova visão do direito processual brasileiro.

O Novo Código de Processo Civil foi fruto de um trabalho realizado de modo a trazer para a linha de frente valores fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Mencionar o período histórico e ideologia por traz do Novo Código de Processo Civil são essenciais para começar a análise da temática que aqui será abordada.

O Código Processual de 1973 foi criado em uma visão extremamente positivista, e uma era pós Ditadura Militar, findada somente com a Constituição de 1988. Portanto, as disposições ali contidas não traduziam uma observância do direito da pessoa humana e uma visão de processo como uma forma de satisfazer de forma eficaz as necessidades sociais.

Pelo contrário. As ideias do Código anterior demonstravam um processo e procedimento inflexíveis, rígidos. Logo, o paradigma do CPC de 1973, que passou por diversas reformas visando adequá-lo à realidade social é completamente diferente daquele do Código de 2015.

A autora Fabiana Marion Spengler, faz uma breve comparação entre o Código de Processo Civil de 1973 e o de 2015:

Nasce um novo paradigma do Direito Processual Civil, do ponto de vista conciliatório. No sistema previsto pelo Professor Alfredo Buzaid, em 1973, o primeiro momento conciliatório, no âmbito do processo, era a audiência preliminar. Ou seja, as partes partilham do ato judicial conciliatório, já conhecendo pedido e resposta, esgota a fase postulatória. Nesse momento o litígio já está, em regra, reforçado pelos elementos pessoalizados que lhe derem origem.

A nova audiência denominada de “conciliação ou mediação” possibilita que as partes debatam seus dilemas e direitos antes de acirrados os ânimos com defesa e exaustiva base postulatória. Possibilita que o diálogo seja mais leve, ante o momento inicial da demanda².

Nesse contexto, o transporte de importação e exportação de técnicas processuais se faz extremamente importante na concretização do direito, de modo a utilizar os melhores meios para concretização do direito material tutelado.

² SPENGLER, Fabiana Maion. *Mediação, conciliação e arbitragem: artigo por artigo de acordo com a Lei 13.140/2015, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.105/2015 e com a Resolução nº 125/2010 do CNJ (Emenda I e II)*. In: Fabiana Marion Spengler, Theobaldo Spengler Neto (organizadores) – Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016. p. 279.

Frisa-se que o Novo Código de Processo Civil dispõe que as partes, os advogados, os juízes e os membros do Ministério Público deverão estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos antes da propositura e durante o processo judicial (art. 3º, §2º; art. 139, V; art. 190; art. 359 dentre outros). Mesmo após a sentença é possível se utilizar de métodos consensuais.

De fato, algumas técnicas processuais estão tão enraizadas ao direito material que não poderão ser exportadas cabendo ao jurista verificar a adequação da técnica com o direito material no caso concreto.

O primeiro artigo do Código de Processo Civil de 2015 já instaura sua base constitucional ao dispor que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

A despeito da disposição contida no Código mencionar que o mesmo deverá ser ordenado, disciplinado e interpretado de acordo com as normas fundamentais, esta menção não se trata de uma novidade, mesmo porque todas as espécies normativas brasileiras devem ser criadas e interpretadas de acordo com os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal que são de eficácia plena e imediata, exaltando a força normativa da Constituição, como bem nos ensinou Kelsen, ao conceituar a pirâmide normativa.

O artigo 3º do Novo Código consagra do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição expresso na nossa Carta Magna no artigo 5º, inciso XXXV, que estabelece que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. Isso não quer dizer que o Judiciário deverá ser demandado em qualquer conflito de interesse, e este princípio pode ser visto sob dois aspectos: a relação entre a jurisdição e a solução adequada de conflitos e o acesso à ordem jurídica justa e efetiva. No pensamento do autor Daniel Amorim Assumpção Neves³:

O primeiro aspecto, é (sic) o entendimento tranquilo de que o interessado em provocar o Poder Judiciário em razão de lesão ou ameaça a direito não é obrigado a procurar antes disso os possíveis mecanismos administrativos de solução de conflito. Ainda que seja possível a instauração de um processo administrativo, isso não será impedimento para a procura do Poder Judiciário. E mais, o interessado também não precisa esgotar a via administrativa de solução de conflitos, podendo perfeitamente procura-la e, a qualquer momento, buscar o Poder Judiciário (Súmula 89/STJ: “A ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa!”)

³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador. Ed. Juspodivm, 2016. p. 06.

No segundo aspecto, numa visão moderna do princípio, a inafastabilidade da jurisdição deve ser compreendida à luz do “acesso à ordem jurídica justa”, (ou “acesso à tutela jurisdicional adequada”). Trata-se de um sistema processual fundado em quatro vigas mestras voltado a tornar concreta a promessa constitucional que também está prevista no ar. 3º, *caput*, do Novo CPC: (a) amplo acesso ao processo, em especial para os hipossuficientes econômicos e para os direitos transindividuais; (b) ampla participação e efetiva influência no convencimento do juiz, que serão obtidas com a adoção do contraditório real e do princípio da cooperação; (c) decisão com justiça, com aplicação da lei sempre levando-se em consideração os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais; e, (d) eficácia da decisão, o que se obtém com um processo mais célere, com a tutela de urgência, com sanções pelo descumprimento e com a adoção de formas executivas indiretas de sub-rogação, inclusive atípicas.

Aqui ressaltamos que hoje temos um sistema multiportas, o que significa dizer que para cada situação em concreto há um meio mais adequado para a solução do conflito, como a utilização da conciliação, mediação, arbitragem, *dispute board*, negociação dentre outros. Dessa forma, o judiciário não é a única forma de resolver um litígio ou conflito, tampouco o único que possui jurisdição.

O artigo 318, do Código de Processo Civil prescreve que se aplica a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário do Código ou de lei. Nesse ínterim o artigo 359, do CPC/2015 dispõe que instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.

Assim, temos que o novo código desperta diversas formas de solução consensual do conflito, possibilitando, inclusive a importação de técnicas processuais diferenciadas do procedimento padrão ou de procedimentos especiais, codificados ou não.

São diversos dispositivos que nos fazem alcançar este pensamento, e visualizar que o procedimento flexível e adaptável trabalha em prol do acesso à Justiça efetivo, eficiente, célere e menos oneroso, reconhecendo assim, os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988.

Os negócios jurídicos processuais, previsão no artigo 190 do Código, também se apresentam como uma forma de flexibilizar o processo de maneira que seja apresentada uma resposta mais efetiva na solução de conflitos. E também uma maneira de se prestigiar a autonomia da vontade.

Seguindo a doutrina de Daniel Amorim:

O art. 190, *caput*, do Novo CPC prevê a possibilidade de as partes, desde que plenamente capazes e em causa que verse sobre direitos que admitam a autocomposição, estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. O novo diploma legal, seguindo tendência

do direito inglês (case management) e francês (*contract de procédure*), cria uma cláusula geral de negociação processual que pode ter por objeto as situações processuais das partes e o procedimento.

Diferentemente do diploma legal revogado o Novo Código de Processo Civil passou a prever de forma expressa uma verdadeira cláusula geral de negócio jurídico processual, de forma a permitir, além das hipóteses específicas de negócio processual típico, que continuam entre nós, a celebração de acordos entre as partes de forma geral, envolvendo tanto o procedimento com as situações processuais.⁴

Neste momento se faz importante entender o conceito do direito coletivo para que possamos continuar a análise do tema.

1. O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E OS MEIOS ADEQUADOS

1.1. Conceito de direitos difusos e coletivos

Para entender o surgimento do termo de ajustamento de conduta é necessário também visualizar sua aplicação.

O Termo de ajustamento de conduta foi criado para a solução consensual de questões ocorridas nas ações ou processos coletivos. No que tange ao tema de direitos coletivos, temos no artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor um conceito de direitos coletivos *latu sensu*: (a) direitos difusos: os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; (b) direitos individuais homogêneos: decorrentes de origem comum e (c) direitos coletivos em estrito senso: transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular um grupo, categoria ou classe.

Como já afirmado o Termo de ajustamento de conduta, ou TAC como é conhecido, é um meio consensual de solução de ações coletivas, e aqui vale um adentro sobre o tratamento processual a esta espécie de ação no ordenamento jurídico brasileiro, desde o seu surgimento com a Lei de Ação Popular até hoje.

A Lei da Ação Popular, Lei nº 4.717/1965 instaurou no ordenamento jurídico brasileiro o tratamento processual das ações coletivas, sendo o primeiro instrumento voltado à tutela de interesses coletivos em juízo.

Neste momento, duas formas as grandes alterações ocorridas no âmbito processual: a legitimidade ativa e a coisa julgada. Isso porque, o artigo 1º

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador. Ed. Juspodivm, 2016. p. 303.

legitimou o cidadão a defender, em nome próprio, os direitos pertencentes de toda a população, através da técnica chamada substituição processual. Já o artigo 18, ampliou a qualidade da coisa julgada, dando-lhe efeito *erga omnes*. Se, porém, a ação fosse julgada improcedente por deficiência (ou insuficiência) de provas, qualquer cidadão teria a faculdade de propor novamente a ação, desde que fundada em nova prova. Esta técnica foi reconhecida posteriormente como o nome de coisa julgada *secundum eventum probationis*.⁵

Ainda que a tutela dos direitos coletivos já fosse prevista desde 1965 com a Lei de Ação Popular esta somente foi difundida anos depois, com a edição da Lei de Ação Civil Pública – LACP, criada em 1985:

[...] foi com o surgimento da Lei de Ação Civil Pública – LACP (Lei 7347/1985), que a tutela dos direitos coletivos passou a ser difundida e ter sua importância reconhecida. Assim, a LACP incorporou ao ordenamento jurídico institutos processuais coletivos com a extensão da legitimidade ativa a vários órgãos, pessoas, entidades ou associações (art. 5º); previu a possibilidade instauração de inquérito civil pelo Ministério Público, destinado à colheita de elementos para a propositura responsável da ação civil pública, funcionando também como importante facilitador de conciliação extrajudicial. Porém, a LACP restringiu a utilização da ACP, no art. 1º, à defesa do meio ambiente (inciso I), do consumidor (inciso II), dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagísticos (inciso III). (p. 13)

A ação civil pública só veio a ser ampliada com a Constituição de 1988, determinando, definitivamente, um *direito fundamental* ao processo coletivo. Com efeito, o art. 129, III da CF previu a possibilidade da ACP para proteção “*de outros interesses difusos e coletivos*”). Não bastasse, previu uma série de ações constitucionais para a tutela dos direitos fundamentais coletivos materiais, tais como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e a ação popular.⁶

Já em 1990 foi editado o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, que faz parte do microsistema de direito coletivo e foi um passo importante no processo civil coletivo por trazer novas regras e inserir o § 6º, ao artigo 5º e instituiu o compromisso de ajustamento de conduta à LACP.

Hoje temos diversas leis que tratam do microsistema processual coletivo, e a aplicação de soluções adequadas de resolução de conflito ainda é um tema que causa bastante discussão na doutrina e jurisprudência, mormente diante dos princípios norteadores da tutela coletiva como: princípio de interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, princípio da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva, princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva, princípio da presunção de legitimidade “*ad causam*” ativa pela afirmação do direito coletivo, princípio da não-taxatividade da ação coletiva, princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional

⁵ ZANETI JR., Hermes. GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direitos Difusos e Coletivos. 3. Ed. Salvador. Ed. Juspodivm. 2012. p. 11.

⁶ Ibidem, p. 14.

coletiva, princípio do ativismo judicial ou da máxima efetividade do processo coletivo, princípio da máxima amplitude ou atipicidade da tutela jurisdicional coletiva, princípio da obrigatoriedade da execução coletiva, princípio da subsidiariedade, princípio do devido processo coletivo ou princípio da aplicação residual do CPC, dentre outros.⁷

A partir daqui, temos o nosso trabalho em entender o TAC – Termo de Ajustamento de Conduta à luz das normas fundamentais com a possível utilização de técnicas de mediação de conciliação.

1.2. Termo de ajustamento de conduta – TAC

Durante muitas décadas o Poder Judiciário foi visto como o único meio para a resolução de conflito, o único que tinha jurisdição, o poder de dizer o direito. O que não era judicial era visto como alternativo, nomenclatura inclusive questionada pela doutrina moderna. Por muitos anos pensava-se que a judicialização era o único meio de resolução da lide, fazendo surgir uma cultura que aciona de forma indiscriminada o Poder Judiciário para solucionar qualquer conflito, trazendo um verdadeiro excesso de processos judiciais e um caos na prestação da tutela por este poder.

A nova visão constitucional do Processo Civil brasileiro nos fez enxergar que o judiciário não é o único meio para a solução do conflito, e tal pensamento tem se difundido. Inclusive os Tribunais brasileiros baseados no artigo 165 do Código de Processo Civil têm criado centros judiciários de solução consensual de conflitos.

A ideia que o judiciário é sempre o primeiro a ser demandado pode ser mais claramente vista com a ocorrência da Pandemia do COVID-19 (Sars CoV-2), no ano de 2020, onde vimos um poder judiciário um com um volume gigantesco de ações e pouco organizado. Mas, este não é o ponto central do nosso trabalho.

Com o desenvolvimento do direito foram surgindo novas formas de acesso à Justiça, formas estas que nos apresentam muito mais satisfativas e efetivas. Sim, porque o Judiciário, na maior parte das vezes, demanda um longo tempo na resolução do conflito, um alto custo e a resposta entregue aos jurisdicionados normalmente não é que foi pleiteado, ocasionando assim a ineficiência da decisão.

⁷ Ibidem, p.24.

Ou seja, o princípio constitucional de acesso à Justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, e da duração razoável do processo, disposto no artigo 5º, LXXVIII, ambos da Constituição Federal, nem sempre são observados.

Dessa forma, temos que com o decorrer dos anos, houve uma transformação na forma de acesso à justiça bem como no tratamento dos conflitos.

A Constituição Federal traz em seu preâmbulo os elementos que designam os nortes interpretativos do texto constitucional. No texto de 1988, consta como compromisso da sociedade brasileira, na ordem interna e internacional, a solução pacífica das controvérsias. Após esta introdução, no artigo 5º, inciso XXXV, tem-se o denominado princípio do acesso à justiça, ou seja, a garantia de que todos os cidadãos devem ter o direito de dispor de meios de tratar suas controvérsias. Neste íterim, deve-se notar que o mesmo dispositivo constitucional também é utilizado como fundamento do princípio denominado inafastabilidade do Judiciário. Tal contexto faz com que as noções de acesso à justiça e da inafastabilidade do Poder Judiciário sejam examinadas como um dueto indissolúvel, como irmãos siameses, situação que se afigura como falsa. Com efeito, não se trata de mero acaso, pois, historicamente, atribui-se ao Poder Judiciário o monopólio da – que se convencionou denominar – justiça. Assim, construiu-se a cultura de que “solucionar conflitos” e acessar o Judiciário fossem sinônimos entre si, e estes fossem equivalentes a obter justiça. Contudo, a estruturação do processo jurisdicional numa lógica combativa não só foi incapaz de tratar os conflitos apresentados pela sociedade, como também contribuiu para ampliar a litigiosidade do ordenamento pátrio.

Avançando-se para a virada da primeira década do segundo milênio, a Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflito de interesse. Após, em 2015 três leis mereceram destaque – a Lei Federal nº 13.129, que atualizou a Lei da Arbitragem; a Lei Federal nº 13.104, popularmente conhecida como Lei de Mediação; e a Lei Federal nº 13.105, o novo Código de Processo Civil.

Nota-se, pois, considerável ampliação da visibilidade do tratamento de conflitos desde a promulgação da Constituição de 1988, sobretudo nesta década. Contudo, apesar da riqueza e diversidade normativa apresentada, o debate sobre o tema ainda precisa ser aprofundado, sobretudo para que essas ferramentas não sejam contaminadas pela lógica belicosa do processo civil até então. Nesse sentido, alguns termos e conceitos básicos precisam ser delineados.

Nesse contexto, a partir da década de 1990, outros mecanismos surgem no debate jurídico como forma de cumprir a função do direito de pacificação social. Em 1995, a Lei Federal nº 9.099 traz a figura dos juizados especiais e, neles, a determinação para realizar audiências de conciliação. Posteriormente, em 1996, a Lei Federal nº 9.307 consolida a arbitragem como via jurisdicional privada no direito brasileiro, sobretudo após o Supremo Tribunal Federal (STF) reconhecer a constitucionalidade da legislação, em 20016. Avançando-se para a virada da primeira década do segundo milênio, a Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesse. Após, em 2015 três leis mereceram destaque – a Lei Federal nº 13.129, que atualizou a Lei de Arbitragem; a Lei Federal nº 13.104, popularmente conhecida como Lei de Mediação; e a Lei Federal nº 13.105, o novo Código de Processo Civil.⁸

⁸ MAZZEI, Rodrigo. CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamento adequados de conflitos? Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Edição Especial – Ano 3 – Número 1 – Maio de 2018. Disponível em: [http://revistajuridica.esa.aobpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa\)6_13.pdf](http://revistajuridica.esa.aobpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa)6_13.pdf) . p. 04-05.

A política pública de desjudicialização se acelerou com a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

Neste momento vale um adendo. Em 02 de dezembro o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 358/2020, que regulamenta a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário por meio da conciliação e mediação. Dessa forma, temos que o judiciário reconhece cada dia mais a necessidade da utilização dos meios adequados de conflito, inclusive por meio de soluções tecnológicas, de forma a alcançar a efetividade no acesso à justiça.

O Novo Código de Processo Civil incorporou o modelo “multiportas”, que nada mais é que uma metáfora demonstrando que existem vários caminhos na solução de conflitos, cabendo aos operadores do direito analisar qual é o mais adequado para a situação em concreto.

O CPC/2015 nos trouxe o princípio da primazia da resolução adequada de conflitos em seu artigo 3º, sendo esta uma norma fundamental do processo civil brasileiro. Dai surgiram métodos de solução de conflitos, tais como a arbitragem em 1996 (Lei 9.307/1996), somente declarada constitucional pelo STF em 2002, alterada em 2015, a mediação judicial e extrajudicial (Lei 13.140/2015), o *dispute board*, dentre outros.

O Termo de Ajustamento de Conduta, conhecido pela sigla TAC, é um acordo celebrado entre as partes interessadas com o objetivo de proteger direitos de caráter transindividual. Cuida-se de um título executivo extrajudicial no qual deve constar uma ação (obrigação de fazer) ou uma não ação (obrigação de não fazer), assim como qual a consequência no caso de descumprimento.

Seguindo o conceito trazido no artigo 1º, da Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, o TAC – Termo de Ajustamento de Conduta:

[..] 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.

Quanto a natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta não temos posição pacífica na doutrina, se um ato jurídico unilateral ou bilateral.

Seguindo os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho: "a natureza jurídica do instituto é, pois, a de ato jurídico unilateral quanto à manifestação volitiva, e bilateral somente quanto à formalização, eis que nele intervêm o órgão público e o promitente".⁹

O fato é que, o Termo de Ajustamento de Conduta é um meio consensual de solução extrajudicial de conflitos e uma alternativa a judicialização. Com sua utilização se busca que o autor do dano cumpra as exigências estabelecidas fixadas no termo e o ente legitimado não proponha a ação civil pública ou ponha fim a que porventura esteja em andamento. Em caso de descumprimento do acordo, tratando-se de método extrajudicial, pode-se ingressar em juízo visando sua execução. Portanto, significa dizer que o uso de meios adequados de solução de conflito não excluiu a possibilidade de se buscar o Poder Judiciário.

Dessa forma, cumprido o termo estaremos evitando processos custosos, morosos e desgastantes para as partes, a movimentação desnecessária do Judiciário que já se encontra com um grande número de ações, e trazemos a luz um meio rápido e eficaz de solução de litígios. Inclusive de acordo com o CNJ – Justiça em Números 2020, ano-base 2019, no Brasil temos estimativa de 78,7 milhões de litígios.¹⁰

A despeito da resolução supramencionada convém esclarecer que o artigo 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública estabelece que os órgãos públicos legitimados, descritos no *caput* do artigo 5º, poderão tomar dos interessados termos de ajustamento de conduta.

Aqui uma importante menção extraída do artigo 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública: a) apenas os órgãos públicos podem firmar termo de ajustamento de conduta; b) não é só o Ministério Público o legitimado para celebração do TAC; c) não há disponibilidade sobre o objeto, sendo que o termo de ajustamento de conduta deverá estar estritamente vinculado às exigências legais.

Portanto, temos como legitimados para a celebração do TAC: Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e associação.

Sendo que, quando o Ministério Público não for parte, no caso de ACP, atuará obrigatoriamente como fiscal da Lei (§ 1º, art. 5º, LACP).

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação civil pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 41.

¹⁰ CNJ. Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020.

O termo de ajustamento de conduta surgiu no ordenamento jurídico brasileiro em 1990, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, previsto no artigo 211 da Lei 8.069/90 e era então utilizado somente nas questões envolvendo a infância e a juventude.

Posteriormente, também em 1990, foi previsto na Lei 8.078, o Código de Defesa do Consumidor, onde é mais conhecido. Neste diploma, sua aplicação foi ampliada a todos os direitos difusos e coletivos, ao acrescentar o § 6º, ao artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985).

A lei de Ação Civil Pública data de 1985, e somente a partir de 1990 o termo de ajustamento de conduta pode ser utilizado para a resolução de conflitos em matéria de direitos difusos e coletivos. Dessa forma, as questões envolvendo direitos transindividuais não eram passíveis de resolução por qualquer forma consensual que não a judicialização. Importante destacar que o termo de ajustamento de conduta também foi inserido no artigo 174, inciso III, do Código de Processo Civil como uma das formas de solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

O compromisso de ajustamento de conduta realizado no âmbito de litígios coletivos tem sido alvo de amplo debate na doutrina a natureza jurídica por ser um tema nervoso, diante dos princípios norteadores do direito administrativo como a indisponibilidade do interesse público e da legalidade.

No ordenamento jurídico brasileiro a legislação sobre o Termo de Ajustamento de Conduta é insuficiente e tímida. Temos somente a previsão no § 6º, do artigo 5º da Ação Civil Pública, Resoluções do CNMP (Resolução 23/2007, Resolução 118/2014 e Resolução 179/2017) e o artigo 26, da LINDB como mais uma forma para a formação do TAC, sendo que o § 1º, do artigo 26 traz uma série de exigências que servem a todos os compromissos de forma a suprir esta lacuna legislativa.

Dessa forma, ainda que hoje o direito processual brasileiro tenha uma opção clara pelas soluções consensuais, com já bem explicado até aqui, em relação a solução consensual em tutela de direito coletivo, e aqui falamos propriamente do termo de ajustamento de conduta, não possuímos um marco legal para que se possamos aplicar o acordo dentro de um âmbito de segurança jurídica.

Uma consideração. As Resoluções do CNMP acima mencionadas servem como parâmetros para firmar o TAC ainda que o Ministério Público não seja o único legitimado (são legitimados aqueles previstos na Lei de Ação Civil Pública bem como a autoridade administrativa, conforme artigo 26, caput, da LINDB).

A partir daí começamos a pensar em aplicação de formas de acordo a ser celebrado no âmbito do direito coletivo, mas de uma maneira discreta.

Vale mencionar que até a publicação da Lei 13.964 de 24 de dezembro 2019 era expressamente vedada a celebração de acordo, transação ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

O TAC – Termo de Ajustamento de Conduta é uma faculdade a ser implementada e sua natureza é de um acordo que substitui a penalidade, gerando uma obrigação de caráter líquido e certo correspondendo a um título executivo extrajudicial, que para ter seu cumprimento observado, deve estabelecer cominações tanto de caráter pecuniário como obrigações de fazer ou não fazer.

Cumpra observar que o compromisso de ajustamento de conduta depende da convergência de vontades entre as partes, ou seja, não já que se falar em direito subjetivo de uma das partes em firmar o referido compromisso. Segundo Heline Sivini Ferreira, “o compromisso de ajustamento de conduta corresponde, na verdade, a uma solução extrajudicial do conflito, evitando, assim, a propositura da Ação Civil Pública”. Para tanto, todos os interessados no ajustamento de determinada conduta devem estar de acordo com os termos do compromisso.¹¹

Nessa linha de raciocínio, o pensamento moderno aponta para o caminho de solução consensual de conflitos sendo que vários diplomas possuem previsão de resolução de conflitos como a lei de arbitragem, lei de mediação, Código de Processo Civil e outros, a despeito da lacuna legislativa quanto ao rito para a celebração do TAC.

A aprovação da Nova Lei de Licitações, PL 4253/2020 em 10 de dezembro de 2020, que está para sanção ou veto do Presidente da República, demonstra em seu texto que o Poder Público também caminha para os meios consensuais eis constar em sua redação a possibilidade de utilização de mediação, *dispute board* e arbitragem (artigos 137 e 150 do Projeto de Lei).

O Poder Público deve buscar disponibilizar métodos de solução consensual de conflitos de modo a garantir o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF), a eficiência (art. 37, *caput*), o princípio democrático (art. 1º), dentre outros que lastreiam nosso ordenamento jurídico.

Nesta tendência de soluções consensual do conflito as autarquias especiais, agências Reguladoras, ANEEL (Lei 9427/1996, art. 3º, V), ANATEL (art.19, XVII, Lei

¹¹ THOMÉ, Romeu. Manual de Direito Ambiental. 3ª ed. Revista, ampl. e atualizada. 2013, juspodivm. Salvador, p. 638.

9.472/1996) e ANP (art. 20, Lei 9478/1997) estão utilizando formas consensuais de resolução de conflitos.

Após um breve relato acerca dos direitos coletivos, passemos a analisar a improbidade administrativa.

1.3. Improbidade Administrativa

A Lei 8.429 de 02 de junho de 1992, conhecida como a Lei de Improbidade Administrativa, dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, sendo os atos de improbidade administrativa descritos nos artigos 9º (atos que importam enriquecimento ilícito), artigo 10 (atos de improbidade que causam prejuízo ao erário), artigo 10-A (atos de improbidade decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário) e artigo 11 (atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública).

Estão sujeitos às sanções previstas nesta lei todos aqueles que exercem, ainda que transitoriamente, ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, ou de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos, conforme dispõe os artigos 1º e 2º da Lei de Improbidade Administrativa.

A Constituição Federal dispõe respectivamente em seu artigo 37, *caput*, e § 4º sobre os princípios da administração pública e sobre os atos de improbidade. A Lei

8.429/1992 veio regulamentar tais atos e efetivar a previsão constitucional para assegurar um dos princípios basilares da administração pública, a moralidade administrativa. Seguindo a doutrina de Carvalho Filho:

A improbidade acarreta vários efeitos para o administrador. Além de sofrer suspensão de seus direitos políticos, submete-se à perda da função pública, à indisponibilidade de seus bens e à obrigação de ressarcir o erário público pelos danos que cometeu, sem contar a ação punitiva que terá que responder. Tais efeitos estão expressos no artigo 37, § 4º, da Constituição. Regulamentando esse mandamento constitucional, foi editada a Lei nº 8.429, de 2.6.1992 [...].¹²

Ocorre que até 24 de dezembro de 2019 a Lei de Improbidade administrativa vedava expressamente a realização de Termo de Ajustamento de Conduta. Portanto, para punir um agente público por ato de improbidade deveria obrigatoriamente ser ajuizada ação perante o Poder Judiciário.

Como consequência, temos uma menor efetividade da ordem jurídica, longa duração do processo e, em alguns casos, diante da demora, a impunidade dos agentes. Portanto, é de grande valor a nova previsão do artigo 17, § 1º, da Lei 8429/1992 que autoriza a formalização de acordos no âmbito das ações de improbidade administrativa, trazendo segurança jurídica aos agentes públicos e a eficácia dos acordos celebrados em colaboração premiada ou acordo de leniência, bem como em sede de negociação direta do acusado com a pessoa jurídica interessada e/ou lesada, cabendo aos órgãos competentes regulamentação dos procedimentos neste sentido.¹³

Como caberá aos órgãos competentes a regulamentação dos procedimentos para a celebração do acordo é importante verificar a possibilidade de importação das técnicas de mediação e de conciliação na celebração do TAC, tendo como base o Código de Processo Civil e à luz das normas fundamentais. Mesmo porque já foi mencionado neste trabalho a lacuna legislativa sobre o procedimento para a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta.

Os princípios orientadores do direito administrativo como a publicidade, legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência devem ser considerados e sopesados aos princípios que regem a mediação e conciliação.

Agora, passamos a análise da possibilidade de importação das técnicas de mediação e de conciliação.

¹² FILHO, Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 66.

¹³ BOTELHO, Inaiá. Disponível em: <<https://m.migalhas.com.br/depeso/317671/publicada-lei-que-autoriza-a-celebração-de-acordos-em-acoés-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

1.4.Importação das técnicas de mediação e conciliação

Quando falamos em celebração de termos de ajustamento de conduta estamos trabalhando na seara do direito público. Sabemos que a administração pública é uma fonte inesgotável de controvérsias que acabam em sua grande maioria desaguando no poder judiciário, mas a atual tendência da doutrina, jurisprudência e legislação é pela opção de diminuição da litigiosidade e de aplicação de meios consensuais de resolução de conflitos, tais como a mediação e a conciliação.

O fato de não haver um marco legal para se firmar acordo, aqui falamos do Termo de Ajustamento de Conduta, faz com que sejam observados alguns dispositivos e Resoluções do CNMP, bem como o artigo 26, da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro em busca de uma diretriz.

Quanto à importação de técnicas de mediação e de conciliação para firmar o TAC entendemos que o operador do direito deve observar as disposições contidas no Código de Processo Civil de 2015 que optou pela busca de formas consensuais de resolução dos conflitos, de modo a flexibilizar os procedimentos para se alcançar a efetiva tutela jurisdicional, bem como a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), dentre outras espécies normativas atinentes ao tema.

Assim, trabalhando na seara pública a aplicação dos métodos de solução de conflito previstos em lei estamos observando um dos princípios basilares afetos à administração pública que é o princípio da legalidade.

No caso, vamos analisar a possibilidade de importação das técnicas de mediação e conciliação para celebrar termo de ajustamento de conduta nas ações de improbidade administrativa.

Neste trabalho vamos iniciar um estudo sobre o tema que tem um longo caminho, mesmo porque, expressamente só foi autorizado a celebração de TAC nas ações de improbidade com a Lei Anticrime, de 24 de dezembro de 2019. Além disso, não há um marco legal para a celebração de termo de ajustamento de conduta.

O acordo nas ações de improbidade administrativa visa uma forma de reparação do dano e não a aplicação de penalidades. Ressaltamos que somente o Poder Judiciário pode declarar o ato de improbidade e aplicar as sanções previstas na Lei nº 8.249/1992.

São diversos questionamentos que devem ser respondidos acerca da celebração de termo de ajustamento de conduta nas ações de improbidade, tais como: necessidade de homologação judicial; o que pode ser objeto de acordo (uma vez que somente o judiciário pode declarar o ato de improbidade e aplicar as sanções previstas na lei); quais sanções podem ser aplicadas no acordo; se há necessidade de participação de advogado (ampla defesa e contraditório); se é um direito subjetivo do acusado ou não; se com a celebração do acordo se interrompe ou se suspende a prescrição do crime; se no caso de descumprimento do acordo o Ministério Público pode propor a ação de improbidade ou somente executar o título extrajudicial.

Todas estas questões causam um ambiente de insegurança jurídica no que tange a quando e com quem o acordo deverá ser celebrado. Tal insegurança jurídica deve ser combatida, e se deve ao fato da cultura do medo instaurada no âmbito de atuação dos agentes públicos, fenômeno conhecido como “apagão das canetas”. Em síntese, dado o rigor com que atuam os órgãos de controle tem ocorrido a paralisia ou retardo na análise de processos e tomada de decisões pelos agentes públicos.

Quanto a necessidade de homologação judicial entendemos que caso o acordo seja celebrado antes da instauração da ação de improbidade administrativa não é necessário que o Poder Judiciário o chancela.

Esta também é a disposição do artigo 20 da Lei de Mediação – Lei 13.140/2015, que só dispõe sobre a necessidade de homologação judicial no caso do art. 3º, § 2º, ou seja, quando o consenso das partes envolva direito indisponível, mas transigível, deve ser homologado em juízo com a oitiva do Ministério Público.

A hipótese do § 2º, do artigo 3º, da Lei 13.140/2015 não é o caso aplicado ao Termo de Ajustamento de Conduta. No Termo de Ajustamento de Conduta não temos uma normativa específica para o caso, e como alhures mencionado, caberá aos órgãos competentes a regulamentação dos procedimentos para a celebração do acordo.

Como nos ensina Hermes Zaneti Junior:

No caso do TAC, trata-se de aplicação externa ao Judiciário do princípio da unidade narrativa da Constituição, que irá balizar o comportamento dos órgãos públicos e do MP para que se evite TAC que não atendam a finalidade da Constituição e da lei. Note-se, contudo, que ao firmar um TAC, o MP não terá disponibilidade do direito material, sendo vinculado à doutrina, aos precedentes jurisdicionais nos casos análogos e aos detalhes próprios do caso concreto. Isto porque, nos modelos abertos de aplicação do direito, a dogmática se amplia para além da lei, incluindo a jurisprudência e o trabalho da doutrina.¹⁴

¹⁴ ZANETE JR, Hermes. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

O Termo de ajustamento de conduta é um acordo facultativo, com efeito de título executivo extrajudicial, visando uma negociação de direitos coletivos, evitando-se, assim, a propositura de uma ação de conhecimento.

Nesse sentido, convém pensar que não cabe mais a ideia da indisponibilidade absoluta do direito material coletivo, sob pena de inexistir uma margem negocial e a possibilidade de concessões recíprocas.

Portanto, a superação do dogma da indisponibilidade é essencial para vislumbrarmos um sistema de resolução de conflitos coletivos adequados, com a importação de técnicas e flexibilização do procedimento, e consequente promoção do princípio da eficiência, da duração razoável do processo, do acesso à justiça, dentre outros.

Vamos analisar os principais pontos do Termo de Ajustamento de Conduta e os principais pontos da mediação para saber quais técnicas podem ser importadas.

Hugo Nigro Mazzilli elenca as principais características do compromisso de ajustamento:

[...] "a) é tomado por termo por um dos órgãos públicos legitimados à ação civil pública; b) nele não há concessões de direito material por parte do órgão público legitimado, mas sim por meio dele o causador do dano assume obrigação de fazer ou não fazer (ajustamento de conduta às obrigações legais); c) dispensa testemunhas instrumentárias; d) dispensa a participação de advogados; e) não é colhido nem homologado em juízo; f) o órgão público legitimado pode tomar o compromisso de qualquer causador do dano, mesmo que este seja outro ente público (só não pode tomar compromisso de si mesmo); g) é preciso prever no próprio título as cominações cabíveis, embora não necessariamente a imposição de multa; h) o título deve conter obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto, e ainda deve conter obrigação exigível. O compromisso assim obtido constitui título executivo extrajudicial.¹⁵

As Resoluções do CNMP trazem algumas diretrizes para aplicação do TAC, e também os Ministérios Públicos dos Estados como o de MG e MT tem regulamentação do tema.

A mediação é um método de solução extrajudicial de conflitos onde um terceiro imparcial irá conduzir, limitando-se a observar, auxiliar e orientar as partes para porem fim ao conflito.

¹⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 406.

Portanto, o papel do mediador é fazer com que as partes retomem um diálogo, aproximem seus pontos de vista e cheguem a um denominador comum para que a solução do conflito seja satisfatória para ambos.

Consoante ensina Luciane Moessa de Souza, a mediação “pode ser definida como a intervenção construtiva de um terceiro imparcial junto às partes nele envolvidas, com vistas à busca de uma solução pelas próprias partes.”¹⁶

Alguns princípios norteiam a mediação, sejam eles princípios gerais de direito como também princípios que lhe são próprios. Dentre eles temos o princípio da autonomia da vontade, da imparcialidade e da confidencialidade.

Dentre as principais características do TAC em relação ao transporte de técnicas de mediação, temos a confidencialidade. Os artigos 190, 319, 334 e 335 do Código de Processo Civil deixam claro a possibilidade de importação de técnicas e realização de negócios jurídicos processuais.

Na mediação a confidencialidade integra o método de resolução de conflitos de forma que este princípio é essencial para que as partes estejam seguras e confiantes quanto a posição do mediador e em apresentar todas as informações, fatos, relatos, situação e documentos para o deslinde do conflito, podendo ser afastada em determinadas situações.

No Termo de Ajustamento de Conduta, em razão de envolver direito coletivo e estar relacionada ao direito administrativo, ramo do direito público, a publicidade é necessária para o controle dos atos públicos. Contudo, o dever de confidencialidade inerente à mediação não é incompatível com o princípio da publicidade inerente à administração pública e necessário na realização o TAC. O que ocorre é a modulação da eficácia do princípio da publicidade.

As ofertas realizadas durante as sessões de mediação devem ser confidenciais de modo a não prejudicar as tratativas.

Como as mediações preveem ser resolvidas em curto prazo dentro da maior harmonia possível, o que aqui se defende é a suspensão provisória de sua publicação para que, imediatamente quando ela chegar ao fim, seja tornada pública em sua integralidade – e, assim, submetida ao escrutínio popular, jurídico, político e dos órgãos de controle. Quando muito, pode se tornar imediatamente pública a existência de mediação – a sua instalação, local e parâmetros de desenvolvimento, mas não o seu conteúdo e atos formais. Ao final (qualquer que seja a conclusão), reitere-se, tudo é levado à luz do dia.¹⁷

¹⁶ SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios Consensuais de Solução de Conflitos Envolvendo Entes Públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 55.

¹⁷ Cf. CUÉLLAR, Leila [et al.]. *Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação*. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre

No tocante, a mitigação do princípio da publicidade na esfera pública, ligada inclusive ao princípio da legalidade, temos que entender que a noção de legalidade dentro do Direito Administrativo consensual deve pautar-se pela busca do interesse público e ser construído em conjunto com o administrado.¹⁸ Portanto, a publicidade deve ser mitigada, mormente em se tratando de ações de improbidade administrativa em que se sabe haver muitos processos em trâmite e demora em sua resolução eficiente.

Vale frisar, que estamos falando em termo de ajustamento de conduta, e, portanto, uma situação em que é facultada a celebração de acordo. Nesse sentido, importante e conveniente que existam leis e normas administrativas que assegurem um tratamento isonômico e a proteção dos direitos fundamentais.

O princípio da publicidade dos atos da Administração pública é compatível com o da confidencialidade previsto nos meios consensuais como a mediação e a conciliação. Entendemos dessa forma porque no Direito não podemos falar em direitos ou princípios absolutos. Temos exemplos de atos administrativos que não se submetem à publicidade por razões de segurança nacional.

A publicidade não pode impedir a realização de um acordo. É possível pensar em sigilo do que foi discutido em uma sessão de mediação, e publicidade dos termos do acordo.

Outra questão é a impossibilidade de mediar ou conciliar as penalidades serão aplicadas, pois a competência para aplicação das penas previstas na lei de improbidade é do Poder Judiciário.

Quando falamos em improbidade administrativa estamos falando em interesse público, que como dito, tem uma carga de indisponibilidade.

Os princípios não são absolutos e a indisponibilidade do interesse público também não pode ser. Caso contrário, estaríamos fadados à impossibilidade de realização de qualquer acordo quando estivermos na esfera pública.

Não estamos falando em acordo em relação ao objeto principal, ou renúncia a uma parte do direito, mas sim, ajustes secundários. Ao permitir o parcelamento de uma dívida a pedido do devedor, o credor não está renunciando ao seu crédito, mas apenas anuindo

arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 68.

¹⁸TAKAHASHI, Bruno [et al.]. Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019, p. 24.

com uma forma diferenciada de pagamento. Essa anuência, todavia, não deixa de ser uma solução consensual.¹⁹

Desse modo, a solução consensual nas ações de improbidade administrativa vai ao encontro do interesse público em proteger a sociedade de condutas lesivas, desde que respeitados certos limites.

Uma técnica da mediação e da conciliação que devem ser importada para a Ação de Improbidade administrativa, no TAC é a tentativa de conciliar, prevista no artigo 334, do Código de Processo Civil, por expressa disposição do princípio da legalidade. Logo, sempre antes da propositura de uma ação junto ao poder judiciário, deve-se buscar a solução consensual de conflitos. Outra técnica da mediação que pode ser transportada para o TAC é a possibilidade de acordo em qualquer que seja o estágio da controvérsia, dentro dos limites da lei, bem como a parte por abdicar do acordo a qualquer tempo. Assim, caso a parte abdique do acordo, o que poderá fazê-lo a qualquer momento, poderá haver a execução nos termos propostos. Isso diz respeito a liberdade e faculdade de realização do acordo, tal como ocorre com a mediação.

Seria possível a celebração de um acordo entre o legitimado para ação civil pública e para a celebração do TAC, e aquele que está no polo passivo da ação de improbidade administrativa para a composição por meio de mediação, e a escolha de um mediador.

As técnicas de mediação como a sessão particular com cada uma das partes envolvidas (caucus) são interessantes para que se tenha uma visão real e clara do problema e das possíveis soluções.

Quanto aos acordos, seria possível imaginar prazos e formas de pagamento da restituição dos valores e da multa. A conciliação no tocante a pena em si entendemos questionável pelo fato da lei prever que comente ao Judiciário a declaração do ato de improbidade e aplicação da pena (reserva de jurisdição).

A depender do ato de improbidade praticado, como aqueles de menor potencial ofensivo, seria mais viável uma sessão de mediação entre o causador do dano e representantes da sociedade também poderia trazer mais benefícios do que simplesmente a aplicação de uma pena. Por exemplo. O uso indevido de verba pública por um prefeito que utilizou máquina do Município em sua propriedade.

¹⁹ Ibidem, p. 113.

Uma solução consensual, com uma sessão de conciliação entre o prefeito e representantes da sociedade poderia restabelecer a confiança dos administrados e também evitar erros semelhantes se repitam.

Outras técnicas possíveis da conciliação e mediação é a realização de um calendário de sessões, o intervalo entre elas e os pedidos que podem ser aceitos.

Por fim, quando da celebração do Termo de Ajustamento de conduta utilizando algumas técnicas da mediação e da conciliação que: todos os atos sejam formalizados, propostas, soluções e sugestões; a definição de quem serão os interlocutores e suas competências; local onde serão realizadas as sessões, de conhecimento público; escolha consensual de um mediador; predefinição dos pontos que poderão ser objeto do TAC, ressaltando que as sanções são de competência do Poder Judiciário; possibilidade de flexibilizar a agenda (os pontos fixados, os trabalhos, as tarefas de cada uma das partes); motivação exaustiva e fundamentada das premissas normativas, fatos e alternativas decisórias de que a opção pela solução consensual é mais eficiente e vantajosa para a solução do caso concreto (princípio da motivação dos atos administrativos).

Enfim, são diversas as questões e um longo caminho a se percorrer, juntamente com a doutrina e a jurisprudência, analisando os casos práticos chegaremos as melhores conclusões e opções quanto a utilização do TAC e das técnicas de mediação de conciliação.

CONCLUSÃO

O tema é controverso e necessita de normatização interna para estabelecer maior segurança aos aplicadores do direito, a despeito da possibilidade de importação de técnicas de acordo com a nova visão apresentada pelo Código de Processo Civil de 2015. Aqui estamos iniciando as discussões e temos uma estrada a percorrer, mesmo porque é necessário a realização de casos práticos para verificar a viabilidade das proposições aqui apresentadas.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe diversas alterações de forma a promover a solução adequada do conflito do conflito de forma que os institutos da mediação e conciliação são extremamente incentivados.

Ocorre que, ainda que haja o incentivo do legislador, há necessidade das partes demonstrarem interesse por realizar a conciliação e a mediação.

A utilização das formas adequadas de conflito em muito contribuem para alcançar os direitos fundamentais, e os princípios estabelecidos no Código e na Constituição Federal, como a duração razoável dos processos, a efetividade da tutela jurídica e a economicidade processual.

Acredito pela realidade que ora esta se apresentando que a solução consensual dos conflitos é um caminho sem volta diante do abarrotamento dos processos junto ao Poder Judiciário que acabam por não privilegiar e observar os princípios constitucionais, principalmente o do acesso à justiça, duração razoável do processo e o princípio democrático.

A título de exemplo, de acordo com o CNJ – Justiça em Números 2020, ano-base 2019, no Brasil temos estimativa de 78,7 milhões de litígios²⁰. Dessa forma, a solução consensual de conflitos é um meio necessário para assegurar o efetivo acesso a justiça com todos os princípios que lhe são inerentes.

O direito também está caminhando para uma era digital, onde a inteligência artificial e aprendizado de máquina (NLP – natural language processing) irão cada vez mais auxiliar a solução de controvérsias seja em âmbito privado ou público, ainda mais diante da quantidade de litígios existente, como mencionado.

Importante trazer à baila a aplicação das técnicas de mediação e de conciliação para o termo de ajustamento de conduta, principalmente no tocante às ações de improbidade administrativa de modo a ter maior resposta aos atos de improbidade, ou seja, tornar mais eficiente a tutela jurisdicional, mais célere e menos onerosa.

No caso, ainda que seja possível a importação de técnicas, tratando-se de um tema tão sensível quanto a celebração de acordo em ações de improbidade administrativa também deve ser incentivado que o legislador atue na formulação de normativa para fim de proporcionar segurança jurídica na realização de termos de ajustamento de conduta nas ações de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

²⁰ CNJ. Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020.

ARTIGOS

REVISTA TEMÁTICA PERMANENTE DA COMISSÃO DE MEDIAÇÃO E MÉTODOS CONSENSUAIS OAB RJ

BOTELHO, Inaiá. Disponível em:

<<https://m.migalhas.com.br/depeso/317671/publicada-lei-que-autoriza-a-celebração-de-acordos-em-acoés-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 11 agosto de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 13.015, 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

_____. Resolução nº 23/2007, CNMP. Disciplina a instauração e tramitação do inquérito civil no âmbito do Ministério Público.

_____. Resolução nº 118/2014, CNMP. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências.

_____. Resolução nº 179/2017, CNMP. 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.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de junho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (CETADO) e dá outras providências.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego e/ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsia e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º, da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

_____. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

_____. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 4253/2020. Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; altera as Leis nºs 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 8.987, de 13 de

ARTIGOS

REVISTA TEMÁTICA PERMANENTE DA COMISSÃO DE MEDIAÇÃO E MÉTODOS CONSENSUAIS OAB RJ

fevereiro de 1995, e 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, e as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&ts=1607630768278&disposition=inline>>. Acesso em: 13 dez. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020.

_____. Resolução nº 358, de 02 de dezembro de 2020. Brasília: CNJ, 2020.

CUÉLLAR, Leila [et al.]. Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, *dispute board*, mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FARIAS, Talden. Termo de ajustamento de conduta e celeridade processual. Revista Consultor Jurídico, 4 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/ambiente-juridico-termo-ajustamento-conduta-celeridade-processual>. Acesso em: 07 ago. 2020.

FILHO, Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FONTES, Maria Cecília Gonçalves. Compromisso de ajustamento de conduta. Revista Jurídica da UniFil, ano IV, n. 4.

SANTANA, Danilo Rodrigues. Justiça negocial: Lei Anticrime permite transação em improbidade administrativa e reflexões críticas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6055, 29 jan. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79202>. Acesso em: 11 ago. 2020.

MAZZEI, Rodrigo. CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamento adequados de conflitos? Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Edição Especial – Ano 3 – Número 1 – Maio de 2018. Disponível em: [http://revistajuridica.esa.aobpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa\)6_13.pdf](http://revistajuridica.esa.aobpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa)6_13.pdf). Acesso em 05 ago. 2020.

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

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador. Ed. Juspodivm, 2016.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; NETO, Adolfo Braga. O que é a mediação de conflitos. São Paulo, Brasiliense, 2007.

ARTIGOS

REVISTA TEMÁTICA PERMANENTE DA COMISSÃO DE MEDIAÇÃO E MÉTODOS CONSENSUAIS OAB RJ

SOUZA, Luciane Moessa de. Meios Consensuais de Solução de Conflitos Envolvendo Entes Públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SPENGLER, Fabiana Maion. Mediação, conciliação e arbitragem: artigo por artigo de acordo com a Lei 13.140/2015, Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.105/2015 e com a Resolução nº 125/2010 do CNJ (Emenda I e II)/Fabiana Marion Spengler, Theobaldo Spengler Neto (organizadores) – Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

TAKAHASHI, Bruno [et al.]. Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019.

THOMÉ, Romeu. Manual de Direito Ambiental. 3ª ed. Revista, ampl. e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2013.

ZANETE JR, Hermes. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.