



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
CONSULTORIA**

PARECER N. 14.879

FUNDAÇÃO ORQUESTRA SINFÔNICA DE PORTO ALEGRE - FOSPA. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. 1. RECRUTAMENTO DE SERVIDORES PÚBLICOS. CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. 2. CARGOS EM COMISSÃO COM FUNDAMENTO EM RESOLUÇÃO AUTÔNOMICA EXARADA ANTERIORMENTE À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE 1989. POSSIBILIDADE. 3. CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO. A DITA TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS É ATIVIDADE LÍCITA, DESDE QUE ATENDIDAS AS PRESCRIÇÕES LEGAIS E REGULAMENTARES. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO TEM DENTRE SUAS RELEVANTES ATRIBUIÇÕES GARANTIR A OBSERVÂNCIA E O RESPEITO AOS DIREITOS DOS TRABALHADORES, AOS QUAIS NÃO É PROIBIDO CELEBRAR CONTRATOS DE TRABALHO COM PESSOAS JURÍDICAS QUE TENHAM POR FINALIDADE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. 4. A CONTRATAÇÃO DE COOPERATIVAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELA VIA UNIVERSAL DA LICITAÇÃO – TAMBÉM NÃO LEGALMENTE VEDADA – MERECE O CONTROLE, A FISCALIZAÇÃO E A PRUDÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SUJEITA AO CRIVO OBJETIVO DOS MECANISMOS DE CONTROLE SOCIAL SEMPRE QUE PROCEDER COMPROVADAMENTE DE FORMA CONTRÁRIA À ORDEM LEGAL. 5. NÃO PODE, CONTUDO, A ATIVIDADE PÚBLICA – ASSIM COMO A ATIVIDADE DE INICIATIVA PRIVADA – SER PAUTADA GENÉRICA E GLOBALMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, NÃO OBSTANTE A SUA RELEVÂNCIA INSTITUCIONAL E SUA



NOBRE COMPETÊNCIA.

O Ministério Público do Trabalho, fundado nos elementos colhidos no Procedimento Investigatório n. 950/2003, propôs à Fundação Orquestra Sinfônica de Porto Alegre – FOSPA a celebração de compromisso de ajustamento de conduta, que se consubstanciaria no termo que por minuta foi acostado aos autos do processo administrativo.

Segundo a proposta, a Fundação comprometer-se-ia ao seguinte proceder:

I - adotar, para a contratação de serviços terceirizados (execução indireta), como parâmetro, as disposições do Decreto Federal n. 2.271, de 7 de julho de 1997, expedido pelo Presidente da República, em especial no que toca ao artigo 1º, §§ 1º e 2º de tal diploma;

II - não contratar cooperativas prestadoras de serviço em que não haja efetiva autonomia e identidade de profissões (ditas liberais) entre os cooperativados, observado o disposto no item I;

III - não contratar ou manter termos de cooperação ou convênios com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) que não atendam plenamente às disposições da Lei (Federal) n. 9.790, de 23 de março de 1999, mormente no tocante ao respeito aos princípios aplicáveis à Administração Pública (como por exemplo, aqueles dispostos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência –, o que exige a admissão de empregados, pela OSCIP, mediante a realização de processo seletivo público);

IV - não admitir trabalhadores para a prestação de serviços subordinados, pessoais, não eventuais e remunerados, à revelia das regras constitucionais pertinentes, expressas no artigo 37, incisos II, V e IX, da Constituição da República;

V - extinguir, até o mês de outubro de 2008, os atuais contratos de prestação de serviços (firmados com pessoas físicas ou jurídicas) e vínculos com servidores comissionados que não atendam aos compromissos assumidos nos itens anteriores;



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria Geral do Estado

VI - comprovar o cumprimento do item V em até dez dias úteis após o encerramento do prazo conferido.”

Dá-se ao termo vigência indeterminada, permitindo-se a revisão a qualquer tempo, observados o interesse público, os princípios do direito administrativo e a legislação trabalhista e constitucional em vigor.

Concretiza-se juridicamente a obrigação da autarquia mediante a atribuição ao compromisso da eficácia de título executivo extrajudicial na forma dos artigos 5º, § 6º da Lei n. 7347/85 e 585, II do Código de Processo Civil, ensejando sua execução, caso descumprido, perante a Justiça do Trabalho, observados os termos do artigo 876 da Consolidação das Leis do Trabalho e do artigo 645 do Código de Processo Civil.

Verificando a autarquia que a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta implicaria compromissos que estariam a independe propriamente de ações da Fundação, entendeu de submeter a matéria à consideração desta Procuradoria-Geral, cumprindo-se a regular tramitação.

Nesta Casa, da Coordenaria das Assessorias Jurídicas da Administração Pública Estadual Direta e Indireta, veio-me o caso a exame e apreciação.

É o relatório.

1. Valendo-me de estudo anterior que assentei nos autos do Processo Administrativo n. 2718-08.01/07-6, desde logo refiro que já na origem, a Fundação Orquestra Sinfônica de Porto Alegre – FOSPA, instituída pela Lei n. 4.837, de 2 de dezembro de 1964, era revestida da personalidade de direito público, como autarquia. Outras normas vieram a consagrar tal natureza à FOSPA,



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria Geral do Estado

disciplinando até a regência estatutária de seu corpo funcional, inclusive quanto à aposentadoria.

Não há qualquer irregularidade quanto à existência dos cargos permanentes e comissionados criados pela Resolução n. 188, de 6 de janeiro de 1982, que instituía o Quadro de Pessoal da Fundação, criando as respectivas posições funcionais e fixando-lhes os vencimentos e vantagens.

Na época, as resoluções autonômicas constituíam o modo pelo qual se regulavam os entes autônomos do Estado. As autarquias editavam seus próprios provimentos para o fim de realizarem sua administração, submetendo-os à homologação do Chefe do Executivo, posteriormente ao exame prévio desta Procuradoria previsto no artigo 87 da Constituição do Estado (“Art. 87 – As resoluções adotadas pelas autarquias estaduais relativamente a pessoal deverão ser levadas ao conhecimento do Procurador-Geral do Estado antes de serem submetidas à consideração do Governador do Estado”), chancela que lhes dava a necessária executoriedade e eficácia administrativa.

Assim foi até o advento da novel Ordem Constitucional, instaurada em 1988, como muito bem discorre, em 4 de julho de 1990, a Procuradora do Estado **ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY**, no Parecer n. 8405:

“Inicialmente, cumpre deixar destacado que o artigo 60, item II, letra “a” da Constituição do Estado de 1989, estabeleceu que ‘são de iniciativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre criação e aumento de remuneração de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta ou autárquica’ (item II, a). O artigo 52, ainda da atual constituição do Estado dá à Assembléia Legislativa competência para dispor, com a sanção do Governador, especialmente sobre ‘criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas’ (item VIII). Ambos os dispositivos têm simetria com a Carta Política da União, vez que ela, no artigo 61, § 1º item II, letra ‘a’, declara ser de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre ‘criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria Geral do Estado

remuneração', enquanto o artigo 48, item X, dá ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, competência para dispor sobre 'criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas'. Como se verifica dos dispositivos citados da órbita federal e regional, o constituinte inclinou-se por fazer depender de lei, de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, e deliberação do Poder Legislativo, a matéria tendente à criação de cargos, empregos e funções na administração direta e autárquica e o aumento de sua remuneração. O que era regra cingida apenas à Administração Centralizada do Estado (artigo 32, item IV, combinado com o artigo 26, item VII, da Constituição de 1970), pelo atual texto constitucional passou a ser princípio dirigido também à Administração Descentralizada (autarquias). (...) Ante a disposição formal, taxativa e clara do texto constitucional, determinando que as autarquias cumpram o rito ali preconizado, ou seja, o do processo legislativo, não há mais espaço para cogitar-se em regulamentar tais matérias por via de resolução autonômica, baixada por órgãos institucionais da autarquia e sujeita à aprovação governamental. (...) A partir da edição da Constituição da República de 1988, e, na sua esteira, a Constituição do Estado de 1989, a legalidade está erigida em princípio constitucional, abrangente de toda a atuação da administração pública, direta ou indireta. Um de seus aspectos visíveis é o de que a matéria de pessoal nas autarquias depende de lei formal."

No mesmo sentido, a Procuradora do Estado **ELIANA SOLEDADE GRAEFF MARTINS** expunha, no Parecer 14.477, de 18 de abril de 2006:

"A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que os aumentos de vencimentos e de proventos de servidores públicos só poderiam ocorrer mediante lei, e lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, 'a', CF/88), aplicada ao Estados pelo princípio da simetria, inviabilizou a possibilidade de aumentos serem determinados por resoluções autonômicas, como a Resolução CR/2897/89."

Tratando profundamente acerca da matéria também se pronunciou, no Parecer 10.429, de 7 de outubro de 1994, a Procuradora do Estado **ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY**:

"2. Efetivamente, sob a égide da Lei n. 4.914, de 31 de dezembro de 1964, era referido que "as autarquias estaduais, sob



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria Geral do Estado

a direta orientação da Secretaria da Administração e aprovação do Governador do Estado, adaptarão seus quadros de pessoal ao sistema e as normas estabelecidas nesta Lei" (artigo 87).

3. Já na vigência da Lei n. 4.397, de 22 de fevereiro de 1965, acenava-se com a nova redação do preceito acima transcrito, então com o seguinte teor: "As autarquias estaduais mediante aprovação do Governador do Estado adaptarão, no que for aplicável a seus quadros de pessoal, ao sistema e as normas estabelecidas nesta Lei, respeitadas as peculiaridades de cada órgão da administração descentralizada."

4. O artigo 67 da Lei n. 7.357, de 8 de fevereiro de 1980, tinha a seguinte redação:

"Art. 67 - As autarquias estaduais, sob orientação do órgão central do sistema de pessoal do Estado, e consideradas as suas peculiaridades, reorganizarão os seus quadros de pessoal efetivo, observando o sistema de classificação e avaliação adotado por esta Lei, bem como o critério de enquadramento nos mesmos, sendo vedado o estabelecimento ou a manutenção de quaisquer vantagens, eventuais ou de qualquer periodicidade, não previstas para os funcionários do Quadro Geral. Parágrafo 2º - A vigência das resoluções sobre pessoal das Autarquias continuará a depender de aprovação do Governador do Estado após manifestação do órgão central do sistema de pessoal." (grifei)

(...)

8. Isto não significou a derrogação da regra geral de que na Administração Descentralizada as vantagens relativas a pessoal dar-se-iam por resolução autonômica (artigo 67, parágrafo 2., da Lei n. 7.357). (...)

16. A Constituição da República de 1988, diversamente das anteriores, no artigo 61, parágrafo 1º, item II, "a", estabelece que "são da iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração".

17. A Constituição do Estado de 1989, no artigo 60, parágrafo 1º, item II, letra "a", observando o princípio da simetria, prevê que "são de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre criação e aumento da remuneração de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta ou autárquica".

18. Como bem se vê, e distinto o sistema adotado na Constituição de 1967 daquele adotado na Constituição de 1988



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria Geral do Estado

para a criação de cargos ou empregos ou aumento de remuneração do pessoal das autarquias.

19. A partir da Carta Política da União de 1988, passou a ser expressa e formalmente exigido que tais matérias se sujeitassem ao processo legislativo comum ou seja, anteprojeto de lei de iniciativa privativa do Executivo e deliberação posterior do Poder Legislativo.

20. Mantêm-se as resoluções anteriores, no que não colidentes com a legislação superveniente, quanto a vantagens do pessoal das autarquias. Efetivamente, as novas exigências formais não retrotraem para atingir o direito anterior das autarquias, constituído legitimamente, segundo a melhor doutrina, através de seus provimentos autonômicos, devidamente homologados pelo titular do Poder Executivo, ressalvadas as anteriores determinações que vierem a se tornar incompatíveis com o direito legislado posterior a Carta Política de 1988 ou com disposição constitucional."

A parecerista, em seu judicioso trabalho, já incorre no item 20, na análise da questão relativa à recepção, pela nova ordem constitucional de 1988, daquele cabedal de normas consistentes nos provimentos autonômicos editados pelas autarquias de existência jurídico-legal inequívoca até então. E a lógica jurídica prevalece, assinalando-as válidas e eficazes naquilo em que não incompatíveis com disposições legais posteriores.

Também no Parecer n. 10932, de 18 de janeiro de 1996, a Procuradora do Estado **ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY** assevera:

"16. Após a promulgação da Constituição do Estado de 1989 restou estabelecido que "são de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre a criação e aumento de remuneração de cargos, funções ou empregos na administração direta ou autárquica (...)"

17. A concessão de vantagens (ademais da fixação dos próprios vencimentos) aos servidores das autarquias, desde 5 de outubro de 1989, depende de prévia previsão legal, lei em sentido formal.

18. Os comandos normativos anteriores elaborados pelas entidades descentralizadas, por seus órgãos internos, mas dentro



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria Geral do Estado

dos princípios que presidem a classificação e avaliação dos cargos e quadros e os benefícios pecuniários e funcionais comuns aos quadros do funcionalismo, na generalidade, bem assim aqueles especiais, estabelecidos em razão da natureza do cargo/função ou do local da prestação de trabalho, foram e devem merecer observância dentro do novo quadro constitucional.”

A Resolução n. 188, de 6 de janeiro de 1982, da fundação autárquica FOSPA, portanto, foi editada em conformidade com a ordem constitucional anterior, ao tempo em que lhe cometia deliberar sobre sua administração de forma autônoma, mediante provimentos que, expedidos, ficavam sujeitos ao exame de forma e de mérito pela Procuradoria-Geral do Estado, e de conveniência e oportunidade pelo Governador, a quem cabia apor sua chancela, dotando-os de eficácia jurídico-legal.

Inexiste, portanto, qualquer mácula jurídico-administrativa quanto aos cargos permanentes e em comissão criados junto à FOSPA. A Fundação editou seu Quadro de Pessoal, composto de cargos permanentes e em comissão, segundo a regra em vigor, cujas disposições se mantiveram hígdas após a edição da Constituição Estadual de 1989. A partir de então recebeu o Quadro – como somente poderia acontecer – alterações mediante leis formais.

2. A Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, atribui ao Ministério Público do Trabalho a competência – dentre outras lhe especificamente atribuídas e que não dizem respeito diretamente ao caso sob exame – de promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando **desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos** (art. 83, III), incumbindo-lhe, no âmbito das suas atribuições, exercer funções institucionais, especialmente as de instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para **assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores** (art. 84, II).



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria Geral do Estado

Para que se perfaça a atuação de controle do Ministério Público do Trabalho, pois, há que estarem presentes ao menos duas premissas, não necessariamente concomitantes: *a)* deve ocorrer o desrespeito a direitos sociais constitucionalmente garantidos aos trabalhadores e, *b)* há que restarem inobservados direitos sociais de trabalhadores.

Como lógica decorrência, então, a presença do Ministério Público se dá frente à irregularidade percebida ou detectada pelo agente do *parquet* trabalhista, de desrespeito ou inobservância de prerrogativas sociais dos trabalhadores, cabendo-lhe instaurar o procedimento investigatório da ilegalidade constatada, do qual poderão decorrer a proposta de celebração de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta com o indicado infrator ou o ajuizamento de Ação Civil Pública.

O Compromisso de Ajustamento de Conduta, comumente denominado Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, foi agregado ao rol de instrumentos que equipam a Ação Civil Pública (Lei Federal n. 7.347/1985) pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n. 8.078/1990) que, por seu artigo 113, acrescentou novo dispositivo, o parágrafo 6º, ao artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, na linha do que se constituía pelo artigo 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n. 8.069/1990), tornando possível o estabelecimento de regras de proceder a serem observadas pelo interessado, que formaliza, espontaneamente, sua intenção de se adequar a exigências legais ou de reparar dano, inclusive pela adoção de medidas destinadas à salvaguarda do interesse difuso atingido.

É o TAC instrumento autônomo e auto-executável, constituído de uma obrigação de fazer ou de não fazer, que tem sua existência ligada à Ação Civil Pública e, pois, sua aplicação também. Apenas aquilo que pode ser objeto de Ação Civil Pública pode dar origem ao TAC. E não haverá o TAC sem que existam



pressupostos suficientes ao ajuizamento da Ação Civil Pública; devem estar presentes as premissas que fundamentam a Ação Civil Pública para que se possa dar origem ao compromisso de ajustamento.

Não se desconhece posição que confere ao compromisso de ajustamento natureza não-contratual, configurando-o como um ato administrativo negocial – negócio jurídico de direito público. Na acepção de **HUGO NIGRO MAZZILLI**¹, o compromisso consubstancia uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a do particular (o causador do dano, que concorda em adequar sua conduta às exigências da lei). O autor, porém, não deixa de referir que “o compromisso de ajustamento é **apenas um instrumento legal destinado a colher, do causador do dano, um título executivo extrajudicial de obrigação de fazer, mediante o qual o compromitente assume o dever de adequar sua conduta às exigências da lei** (da lei, repare-se) **sob pena de sanções fixadas no próprio termo. (...) O compromisso presta-se, sem dúvida, a exigir o cumprimento das regras legais** (das regras legais, saliente-se) **fixando prazos a partir dos quais poderão ser executadas as cominações ajustadas no termo, independentemente de ação de conhecimento.**” Vê-se que apenas podem integrar o TAC as inobservâncias ou desrespeitos à regra estrita da lei, não se indicando o instrumento, é óbvio, à hipótese da incerteza jurídica, esta sujeita incondicionalmente à jurisdição.

Inegável, à evidência, que o TAC, como uma forma de composição amigável concertada de forma prévia a procedimento judicial encerra, sem dúvida, expressiva carga de transação. Nesse sentido, o posicionamento de **TALDEN FARIAS**², citando **EDIS MILARÉ, JOANA SETZER e RENATA CASTANHO**³ quanto a constituir o TAC mecanismo de solução pacífica de conflito, “**com natureza jurídica de transação, consistente no estabelecimento de certas regras de conduta a serem observadas pelo interessado, incluindo a adoção de medidas destinadas à salvaguarda do interesse difuso atingido.**” Segundo leciona o articulista, o objetivo do TAC é fazer com que determinadas condutas que resultem



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria Geral do Estado

em ameaça ou lesão a direitos de natureza transindividual possam ser corrigidas por meio de negociação entre as partes interessadas. É, pois, em essência, o acordo, a transação, antecipada ou não, que envolve os interesses inevitavelmente submetidos à via judicial e que recebem, pela vontade e interesse das partes, solução negociada.

É lógico que a transação não envolve disposição de direitos, o que é defeso ao Poder Público tanto na condição de agente (autor) quanto na de paciente (réu). Explica-se: os direitos transindividuais são indisponíveis e, por conseqüência, não podem ser alienados nem renunciados, mesmo quando considerados sob a ótica do direito privado. Na forma do artigo 841 do Código Civil, *“só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”*, razão pela qual o TAC adquire condição de envolver o compromisso de agir no sentido de ajustar a conduta impondo obrigação de fazer ou de não fazer o que, indiscutivelmente, encerra a disposição do agir, de fazer incidir a regra do direito indisponível.

É como opina **TALDEN FARIAS**⁴, afirmando que existem limites que devem ser respeitados na celebração do TAC, já que os direitos em questão são indisponíveis:

“(…) para ser celebrado, o TAC exige uma negociação prévia entre as partes interessadas com o intuito de definir o conteúdo do compromisso, não podendo o Ministério Público ou qualquer outro ente ou órgão público legitimado impor a sua aceitação. Caso a negociação não chegue a termo, a matéria certamente passará a ser discutida no âmbito judicial. (...) O TAC é um título executivo extrajudicial fruto de um acordo formal entre as partes interessadas, que contém uma obrigação de fazer ou de não fazer e uma cominação para o caso de descumprimento dessa obrigação, devendo servir para a regularização de situações que possam estar colocando em risco direitos de natureza transindividual.”



É transação sim, em que não se abre mão de direito indisponível, porque não se está transacionando o direito em si – já que se o considera como decorrente de norma dotada de certeza jurídica - mas o seu exercício, a conduta que presidirá o exercício de tal direito.

RICARDO VILLAS BOAS CUEVA⁵ traz a noção que caracteriza a natureza transacional do TAC, afirmando:

“Em razão de sua bilateralidade o compromisso de ajustamento pode ser caracterizado como transação, de modo que ‘avençadas as cláusulas e condições, ficam verdadeiramente superadas quaisquer possibilidades de discussão de seus termos’, pois a ‘transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada’, como sublinha Daniel Fink (**FINK, Daniel**. Alternativas à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). In **MILARÉ, Edis** (Coord.) Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/1985 – 15 anos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 119-120).

O compromisso, lembra ainda Hindemburgo Chateaubriand Filho (**CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo**. Compromisso de ajustamento de conduta. Revista dos Tribunais. São Paulo, Revista dos Tribunais 781/735, nov.2000, p. 733-740) reúne *“todas as características de um negócio jurídico, pois estende à esfera de poder das partes interessadas a eliminação da incerteza relativa à situação jurídica preexistente, permitindo a prevenção ou o término do conflito no que se aproxima do esquema legal ditado para a transação. Como o interessado se compromete a adequar sua conduta ao que supõe corresponder às exigências da lei, é correto deduzir que o negócio se dirige à eliminação de todas as dúvidas relativas à situação jurídica preexistente”*. Desse modo, *“o significado do ajustamento de conduta do interessado às exigências da lei passa a ter (...) maior amplitude, alcançando, a partir da fixação da situação jurídica preexistente, todos os efeitos decorrentes do ato, entre os quais se inclui o dever de reparação.”*



Na condição de negócio jurídico de acerto, na nomenclatura que lhe é oferecida pela doutrina italiana, como ensina **HINDEMBURGO CHATEAUBRIAND FILHO**⁶, o TAC estaria a servir como instrumento para a eliminação do estado subjetivo de incerteza que envolve a posição das partes numa relação jurídica e que desemboca, ao fim, na provocação da ação estatal da jurisdição. Nesse sentido, para prevenir o estado jurídico de incerteza, as partes estariam, de forma um pouco diferente da transação – que envolve disponibilidade de direito a celebrar negócios que incorporariam apenas a declaração da realidade da situação jurídica preexistente, sem gerar sobre essa nenhum efeito modificativo. Estar-se-ia a compor apenas a condição do ajustamento da conduta à lei, sem liberar direito – de resto indisponível.

Ora, dadas as condições verificadas, conclui-se que o TAC – é do TAC prévio à Ação Civil Pública que se trata, visto que o TAC celebrado nos autos de processo judicial assume outras conotações que, por suposto, diante das formalidades que para o acordo judicial se exigem da Administração Pública, podem servir como parâmetro também para as conclusões que dentro em pouco passarei a tecer – visa a obrigar o instado a ajustar a sua conduta no sentido de cumprir a lei. Ora, não se olvide que a ação estatal é, por imperativo constitucional, condicionada à estrita legalidade, (CF, art. 37) o que torna o cumprimento da lei um dos pressupostos para que a administração aja. Os atos da administração detêm a presunção de estarem submetidos à legalidade e não pode o administrador, sob pena de responsabilidade, agir de forma contrária à lei. Se não pode agir contra a lei, também não poderá pressupor que assim fez e, incontinenti, comprometer-se a ajustar sua conduta.

O pressuposto da ação estatal é a legalidade. Não se administra contra a lei e, pois, não se pode ajustar a conduta administrativa à lei, ressalvada, como é evidente, a jurisdição que se venha a manifestar para restabelecer ou determinar a composição de eventual incerteza, instrumentalizada no processo judicial (CF, art. 5º, LIV e LV).



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria Geral do Estado

O que se impõe evitar é o paradoxo decorrente de o administrador público, jungido constitucionalmente à legalidade, ser requestado a ajustar sua conduta à lei via termo prévio, a cuja celebração se dispense qualquer formalidade, o que não ocorreria se viesse a ser gestado nos autos da ação respectiva.

Na doutrina, que já é vasta acerca da matéria, não se vê tratarem os juristas da hipótese de estar a Administração Pública na condição de celebrante, na posição de compromissado de ajustamento de conduta, pois a justa conduta é pressuposto da própria existência da Administração.

O instrumento preventivo e preparatório consistente do TAC não se ajusta à Administração Pública, sem qualquer dúvida, considerando-se, também, que a ação estatal está vinculada a um vasto aparato legal que a obriga a operar sob determinadas formalidades, falecendo ao administrador o poder de disposição acerca de determinados critérios e procedimentos de gestão.

Verifique-se, no caso, exemplificativamente, a questão da Lei de Licitações (Lei Federal n. 8.666/1993). Não pode o administrador dispor no sentido de restringir a universalidade do certame licitatório sob pena de invadir perigosamente a área da igualdade e da isonomia, de hierarquia muito superior à que se pode deduzir da posição jurídica de agentes do Ministério Público acerca da conveniência ou da oportunidade de restringir-se a adjudicação do serviço a determinado competidor do certame.

É evidente que a indisponibilidade dos direitos da Administração e o princípio da legalidade impedem seu agente de celebrar acordos ou compromissos que não redundem de autorização legal ou administrativa. À Administração em juízo são impostas condições legais para a disposição de direitos e para assumir obrigações e compromissos; não há como juridicamente dispensá-



las na prévia concertação representada pelo denominado compromisso de ajustamento de conduta.

Valho-me, novamente, do dizer de **RICARDO VILLAS BOAS CUEVA**⁷ que considera ser o TAC o “*instrumento genericamente voltado para a extinção negociada pela Administração de conflitos que envolvem interesses transindividuais*”, enfatizando que os procedimentos a serem utilizados pelo administrador para a sua celebração devem se encontrar dentre aqueles mecanismos legalmente permitidos para a celebração de transações (judiciais ou não) passíveis de adoção segundo os critérios e parâmetros que envolvem os atributos do ato e da gestão administrativos (legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, legitimidade, participação, razoabilidade, economicidade e motivação) postos na Constituição Federal, no artigo 37 e na Carta Magna gaúcha, no artigo 19.

Caso contrário, advirta-se, ao Ministério Público se proporcionará a compartilhada e não-comprometida gestão da Administração Pública via compromissos de ajustamento de conduta que podem condicionar a ação estatal a compromissos não necessariamente legitimados pelos sistemas de equilíbrio – já tantas vezes fragilizados, por oportuno se diga – do estado de direito.

Ilustra bem a matéria a ponderação de **ROGÉRIO LAURIA TUCCI**

⁸, ao referir:

“De todo o expendido nos precedentes parágrafos deste breve ensaio, parece-nos ter sido clarificado que o Ministério Público somente pode utilizar o importante instrumento de tutela de interesses públicos e sociais relevantes nos casos expressamente previstos na legislação em vigor. E mesmo assim, dada a excepcionalidade de sua atuação mediante a ação civil pública, quando, a par do suporte legal, seja oportuna e conveniente a sua propositura, que deverá concretizar-se objetivamente, sem qualquer conotação personalística e, obviamente sem um mínimo de paixão; vale dizer, com absoluta exação.”



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria Geral do Estado

Diz mais o estudioso e notável jurista:

“Somando-se a tudo isso a também equivocada interpretação (e conseqüente errônea aplicação) do disposto nos artigos 287 do Código de Processo Civil e 11 e 12 da Lei n. 7.347/85, (...) não temos dúvida em afirmar, conclusivamente, e com o máximo respeito, que a utilização da ação civil pública, pelo Ministério Público, a par de exagerada, tem-se mostrado realmente abusiva.”

Vejo, portanto, até mesmo revisitando meu posicionamento anterior, com muita apreensão e reservas a celebração indiscriminada de TACs pela Administração, firmados por quem carece de atribuição legal de compromissá-lo, e sem autorização legal, tanto por sua Administração Direta quanto pela Indireta e Vinculada, eis que todas, ao final, estão jungidas sob os princípios e regras que presidem a atuação estatal.

Nesse sentido, tratando da Ação Civil Pública, mas, sem dúvida, pertinente, é o julgado do Superior Tribunal de Justiça que, repare-se, espelha a sua jurisprudência remansosa:

“1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos. 2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria Geral do Estado

moralidade, da eficiência, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela Administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente.” (Recurso Especial n. 226.927 – 1ª Turma, publicado na imprensa oficial em 16 de junho de 1998)

Como diz **JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO**⁹:

“Deve-ser alcançar o exato limite de razoabilidade: incabível é a provocação da tutela jurisdicional com o fito exclusivo de controle do mérito do ato administrativo, entendido este como os critérios de conveniência e oportunidade de competência exclusiva do administrador público, sob pena de colocar em risco o princípio da separação dos poderes. Por outro lado, tal afirmação não pode ser levada ao extremo, principalmente, em pleno século XXI onde se verificam situações claras de abuso de poder e falta de motivação dos atos praticados no âmbito administrativo, além da falta de legitimidade.”

No caso específico sob exame, propõe-se a celebração de um TAC mediante o qual se compromete a fundação autárquica FOSPA a praticar atos de gestão que envolvem diversos ângulos e nuances da atividade administrativa de gerenciamento de recursos humanos, sob sanções.

Impõe-se à FOSPA o compromisso de adoção de parâmetros de legislação federal para a contratação de serviços terceirizados; obriga-se a não contratar serviços terceirizados e a abster-se de firmar pactos ou convênios com as denominadas OSCIPs, a despeito da legislação específica – federal ou estadual – que os permite; proíbe-se a admissão de servidores e força-se a extinção de contratos de prestação de serviços e o desligamento de servidores investidos de cargo público em comissão.

O compromisso de ajustamento de conduta é proposto para



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria Geral do Estado

vigorar por prazo indeterminado, podendo ser revisto a qualquer tempo, caso se altere a realidade fático-jurídica que deu origem ao instrumento, *“observados o interesse público, os princípios do direito administrativo e a legislação trabalhista e constitucional em vigor.”*

Não vejo razão jurídica para que a ação estatal se pautue por compromisso de ajustamento de conduta, mormente nos termos propostos, os quais, pela sua generalidade, dão ao *parquet* virtualmente o poder e a condição de gerir e controlar a fundação no tocante à política de seus recursos humanos, infligindo-lhe castigo pecuniário – ou outra admoestação, a seu critério – quando agir mal.

A terceirização de serviços é lícita e existe regulamentação legal e orientação da jurisprudência suficientes para fundamentar satisfatoriamente a atuação do administrador. Igualmente, existem normas sadias a confortar o liame jurídico-administrativo inerente ao quadro de pessoal.

Não há razão jurídica para que a FOSPA se comprometa a cumprir a lei – coisa a que já está submetida – ou a ajustar-se a posicionamento jurídico patrocinado pelo Ministério Público antecipada e previamente à resolução jurisdicional das incertezas eventualmente originadas dos comportamentos administrativos da autarquia.

A Administração não se obriga a celebrar TACs, salvo em situações devidamente focalizadas, posteriormente a exame profundo e fundamentado das condições e razões para sua assinatura, sempre por agente legitimado, a quem a lei faculta comprometer a ação administrativa.

Concluindo, pelas razões expostas, manifesto-me no sentido de desaconselhar a celebração indiscriminada de Compromissos de Ajustamento de Conduta pela Administração Pública, salvo em situações específicas, devidamente



**Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria Geral do Estado**

revestidas das formalidades legais e jurídicas que se impõem à ação estatal.

Cabe à FOSPA atender ao regramento legal e administrativo a que está obrigada, não havendo razão para se obrigar ao ajustamento à legalidade que é de sua própria essência, firmando o Termo de Ajustamento de Conduta ora proposto.

É o Parecer.

Porto Alegre, 24 de abril de 2008.

**LEANDRO AUGUSTO NICOLA DE SAMPAIO,
PROCURADOR DO ESTADO.**

Processo n. 000123 -11.57/07-8

¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução, fragilidades e atuação do Ministério Público. Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, n. 41, p. 93-110, jan./mar. 2006.

² FARIAS, Talden. Termo de ajustamento de conduta e acesso à Justiça. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, v. 52, p. 116-124, julho 2007.

³ MILARÉ, Edis, SETZER, Joana e CASTANHO, Renata Compromissos de Ajustamento de Conduta: evolução e fragilidades – Atuação do Ministério Público. Revista Direito e Liberdade, Mossoró. 2005, p. 191.

⁴ FARIAS, Talden. Termo de ajustamento de conduta e acesso à Justiça. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, v. 52, p. 121, julho 2007.

⁵ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Termo de compromisso no processo administrativo sancionador do Banco Central: possibilidade e limites. In: OSÓRIO, Fábio Medina (Coord.). Direito sancionador. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 281-309.

⁶ CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. Compromisso de Ajustamento de Conduta. Revista dos Tribunais. São Paulo, 781/735, p. 733-740.

⁷ CUEVA, Ricardo Villas Boas Termo de compromisso no processo administrativo sancionador do Banco Central: possibilidade e limites. In: OSÓRIO, Fábio Medina (Coord.). Direito sancionador. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 305.



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria Geral do Estado

⁸ TUCCI, Rogério Lauria. Ação Civil Pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Magister, v. 1, n. 2, p. 49-82, set./out. 2004.

⁹ ARAÚJO, José Henrique Mouta. Ação civil pública e o controle dos atos administrativos: outros argumentos. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, v. 55, p. 82-89, outubro 2007.



**Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria Geral do Estado**

Expediente nº 000123-11.57/07-8

Acolho as conclusões do Parecer nº 14.879, de autoria do Procurador do Estado Doutor LEANDRO NICOLA DE SAMPAIO da Procuradoria de Pessoal.

Encaminhe-se a Excelentíssima Senhora Governadora do Estado para sua Aprovação. Após, a Excelentíssima Senhora Secretária de Estado da Cultura.

Em 11 de agosto de 2008

**Eliana Soledade Graeff Masrtins,
Procuradora-Geral do Estado.**



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria Geral do Estado

Processo nº 000123-11.57/07-8

APROVO as conclusões do Parecer nº 14.879, da Procuradoria-Geral do Estado, dando orientação jurídico-normativa à administração pública estadual, face o contido no artigo 82, inciso XV, da Constituição Estadual, e diante da indisponibilidade dos direitos da Administração e do primado da legalidade, determino que qualquer compromisso de ajustamento de conduta proposto à Administração Pública tenha por referência situações específicas e delimitadas, sendo precedida a sua celebração de análise da Procuradoria-Geral gaúcha quanto as suas razões, condições e finalidades.

À Procuradoria-Geral do Estado para as anotações de praxe e providências que entender necessárias.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre, 05 de setembro de 2008.

YEDA RORATO CRUSIUS,
GOVERNADORA DO ESTADO.



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria Geral do Estado
