

ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA NO CONTROLE CONSENSUAL

Public Advocacy performance in consensual control

Felipe Sordi Macedo¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Do controle administrativo. 2. A consensualidade como novo modelo de controle administrativo. 2.1. O controle externo e a celebração de Termos de Ajustamento de Condutas pelos Tribunais de Contas. 2.2. O controle interno da Administração Pública e a celebração de Termos de Ajustamento de Condutas e de Gestão. 2.3. Mecanismos consensuais no controle judicial da Administração Pública. 3. Atuação funcional da Advocacia Pública no controle consensual. Conclusão. Referências.

RESUMO

O artigo analisa o consensualismo como novo modelo de controle administrativo, em que é dada primazia a soluções negociadas e bilaterais com o intento de alcançar o pretendido resultado das políticas públicas. O consensualismo surge como exigência do princípio da eficiência da administração pública, em que a busca por resultados eficazes tem preferência em relação à mera aplicação de sanção do modelo de controle burocrático. Contudo, nem sempre a adoção do modelo consensual pode se mostrar eficaz ao alcance pretendido, de modo que a atuação da Advocacia Pública como função essencial à Justiça mostra-se sobremaneira importante, a possibilitar ao gestor a escolha da melhor opção de controle do ato diante da situação concreta em análise.

Palavras-chave: Controle da Administração Pública. Consensualismo. Eficiência. Resultado. Termo de ajuste. Advocacia Pública.

ABSTRACT

The article analyzes consensualism as a new model of administrative control, in which negotiated and bilateral solutions are given priority in order to achieve the desired result of public policies. Requirement of the principle of efficiency of Public Administration, in which the search for effective results has the preference in relation to the mere application of sanction of the bureaucratic control model. However, the adoption of a consensual model can not always be effective to the intended scope, so that the performance of Public Advocacy as an essential function of Justice is especially important, to enable the manager to choose the best option to control the act of the actual situation under analysis.

Keywords: Control of Public Administration. Consensualism. Efficiency. Result. Adjustment term. Public advocacy.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo expor o contexto que levou à recente novidade legislativa na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, por meio da Lei

¹ Bacharel em Direito (UFSC), pós-graduado em Direito Público (Uniderp/LFG). Procurador do Estado de São Paulo, exercendo a função de chefe do Contencioso-Geral da Seccional de Mogi das Cruzes, na Procuradoria Regional da Grande São Paulo. Artigo oferecido como avaliação final do curso de extensão “Consensualidade, Consequencialismo e Controle das Decisões”, oferecido pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

nº 13.655, de 25 de abril de 2018, prestigiando um novo modelo para o controle da Administração Pública, pautado no consensualismo em que se sobressaem mecanismos bilaterais, soluções negociadas, a fim de alcançar o resultado previsto da política pública em execução. Dado que o modelo de controle burocrático, baseado na aplicação de sanções aos controlados, nem sempre se mostrou eficaz ao alcance de resultados pretendidos, a opção pelo controle consensual exsurge como tentativa de verdadeira concretização do princípio constitucional da eficiência da Administração Pública, que preza sobretudo pelo alcance de resultados.

Dessa forma, com a consagração do modelo de controle consensual, necessário estudar os instrumentos postos para a operacionalização desse novo modo de atuação, de modo que os Termos de Ajuste de Conduta ou de Gestão vêm sendo amplamente utilizados pelos órgãos de controle externo na busca de adequação de atos irregulares que permitem a sanatória e o verdadeiro alcance de resultados pretendidos. No controle interno tais termos também são utilizados como meio à perseguição da eficiência. Outrossim, no controle judicial da Administração Pública, as alternativas consensuais são cada vez mais positivadas.

Em meio a críticas e dúvidas decorrentes da aplicação de um novo modo de atuação, a Advocacia Pública, como função essencial à justiça que é, deve avaliar ao gestor público a escolha da opção de controle que melhor se adéque ao caso concreto, eis que nem todas as situações que se apresentam permitem a adoção do modelo consensual.

1. DO CONTROLE ADMINISTRATIVO

No desempenho das funções administrativas, a Administração Pública, regida pelos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, CRFB/1988), submete-se ao controle interno e externo no tocante à verificação de seus atos e atividades. Controle esse que pode ser conceituado como um concomitante poder e dever de verificação e correção dos atos expedidos e das atividades exercidas pela Administração por órgãos internos ou externos, com o fim de aferir a observância das normas e princípios de regência, a concretização e o resultado esperado dos atos e ações administrativas.

Os entes administrativos estão assim compelidos ao escorreito cumprimento dos princípios e das regras jurídicas e, para tanto, em um contexto de administração pública burocrática estabeleceu-se em nossa tradição jurídica a primazia ao controle punitivo, subsequente, corretivo ou *a posteriori*, embora a doutrina tradicional classifique também o controle administrativo – quanto ao momento – em prévio, preventivo ou *a priori* e também em controle concomitante ou sucessivo.

Conforme Maria Silvia Zanella Di Pietro,² o controle tem por finalidade:

[...] assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade. [...] o controle constitui poder-dever dos órgãos que a lei atribui essa função, precisamente pela sua finalidade corretiva; ele não pode ser renunciado nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu.

Tem-se assim um paradigma da administração pública burocrática, calcado em positivismo exegético, representado instrumentalmente no controle punitivo, de forma a perseguir fidedignamente os procedimentos traçados por regulamentos organizacionais. O descumprimento desses preceitos redundará no enfoque à condenação do autor de eventual irregularidade cometida (controle *posteriori*) ao ressarcimento do dano, contudo, tal método demonstrou não ser eficiente a proteger a sociedade das más práticas de gestão.

Pari passu, diante do amplo espectro de atribuições e deveres da Administração Pública perante a sociedade, suprimindo anseios comuns de saúde, educação, segurança, assistência social, previdência, entre outros, regulados pelas correspondentes normas jurídicas de regência, passou-se também a exigir uma revisitação do direito administrativo e de seu modelo de atuação como um todo, marcado pela tentativa de implantação de uma administração gerencial, e que repercutiu na inclusão da eficiência como um dos princípios constitucionais na administração pública (atividade administrativa), conforme a Emenda Constitucional nº 19/1998. A eficiência, como princípio constitucional, passou a vincular a atividade administrativa a ser exercida com presteza, perfeição e maior rendimento.

Consequência dessa transformação do Direito Administrativo, no que atine ao controle da administração pública, em face da já mencionada ineficiência ou até mesmo na ausência de resultados práticos no controle punitivo aplicado, ocorre a necessidade de aproximação entre os fatos e realidade inserida e as normas de controle. Para tanto, é necessário superar, em certa parte, o paradigma do controle por si só a culminar na aplicação de alguma sanção, o que, ao longo do tempo pode ter contribuído para o engessamento da Administração Pública, e adotar mecanismos de controle consensual, com objetivos resolutivos e práticos.

É nesse contexto que, após transcorridos praticamente 20 anos da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998 e a consagração do princípio da eficiência, o acréscimo legislativo nas Leis de Introdução ao Direito Brasileiro, doravante apenas LINDB, por meio da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, prestigiou no direito positivo pátrio modelo de controle consensual da administração pública, legitimando mecanismos bilaterais que dão primazia a noções de consensualidade e com atenção às consequências práticas na tomada de decisões.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 622-623.

Abre-se, assim, uma importante base legal para a composição administrativa em matéria de controle administrativo.

Veja-se o que dispõem os artigos 20, 26 e 27, acrescidos à LINDB:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

[...]

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II - (Vetado);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (Vetado).

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º. A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º. Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos³.

Essa mudança de paradigma no ramo do direito público motiva-se pelo desenvolvimento e a própria transformação dos modelos jurídicos e filosóficos (liberal, social, regulatório, neoliberal) e, ainda, as crises institucionais e econômicas vivenciadas, levando o legislador a tomar outras opções a par do *paralisismo* provocado pelo modelo

³ BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, Brasília, DF, abril 2018.

de controle em aplicação. Gestores e agentes públicos com o dever de executar políticas públicas alegam uma verdadeira cultura de medo arraigada na atuação funcional dos agentes da Administração Pública, argumentando sobreposição desproporcional do controle ante a gestão. Assevera Luciano Ferraz:

Na lógica do controle-sanção não há meio-termo: ou a conduta é conforme as regras e procedimentos ou não é. No segundo caso, o sujeito deverá ser penalizado, independentemente das circunstâncias práticas por ele vivenciadas na ocasião e das consequências futuras, às vezes negativas para o próprio funcionamento da máquina administrativa e quiçá à perspectiva de justiça inerente ao Direito na modernidade⁴.

A novidade legislativa posta no artigo 20 da LINDB exsurge para prestigiar certo equilíbrio entre a função dever de controle e as necessidades urgentes de resolução de problemas que enfrentam os gestores diuturnamente. Na linha do consequencialismo, o controle transmuda-se da sua roupagem burocrático/sancionatória para materializar-se em controle por resultados, ou seja, a prestação de contas pelos agentes públicos, em termos de resultados e de conformidade, aproximando-se ao que no direito privado denomina-se *accountability*.

A teoria do controle sancionatório decorre da própria tradição jurídico cultural romano-germânica em que se baseou o processo de formação institucional da nação, sendo que, na esfera direito público pátrio, a grande influência é da escola francesa do Direito Administrativo. Em suma, pelo pensamento francês, os poderes administrativos do Estado encontram-se em relação de verticalidade diante do cidadão comum, tanto assim seus atos contam com os seguintes atributos: presunção de legitimidade, imperatividade, autoexecutoriedade. Já no direito anglo-saxão, a cultura jurídica é marcada pela horizontalidade da Administração Pública em relação ao particular. Os órgãos e agentes da Administração Pública comungam e submetem-se ao direito comum, via de regra não dispondo de privilégios ou de prerrogativas de autoridade pública, de forma que a consensualidade envolvendo a Administração Pública não enfrenta tantas resistências teóricas, por consequência, o próprio controle enfatiza o diálogo em atenção às consequências práticas e a busca por resultados.

2. A CONSENSUALIDADE COMO NOVO MODELO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO

2.1. O controle externo e a celebração de Termos de Ajustamento de Condutas pelos Tribunais de Contas

A alteração legislativa mencionada, com a inclusão dos citados artigos 26 e 27 da LINDB, reforça o modelo de controle consensual na Administração Pública

⁴ FERRAZ, Luciano. Termo de Ajustamento de Gestão (TAG): do sonho à realidade. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 8, nº 31, 2010, p. 46.

como nova opção em relação ao controle-sanção, permitindo o fortalecimento de instrumentos que esparsamente já se encontravam em utilização. Atraí-se, assim, segurança jurídica para o estabelecimento de mecanismos bilaterais em alternativa à vertente sancionatória para prestigiar a solução pacífica e negociada das controvérsias, não à toa, a alcunha da nova LINDB é Lei da Segurança para a Inovação Pública.

O controle consensual em prestígio ao princípio constitucional da eficiência visa também à concretização do interesse público, por meio da cooperação negociada entre os celebrantes do acordo, de modo que suscite entre as partes envolvidas o entusiasmo e o desejo de colaboração e assim sejam alcançados os resultados pretendidos. Isso sempre com o devido respeito à transparência na atuação administrativa.

Da análise do citado artigo 26, abre-se margem a uma ampla dimensão de instrumentos colocados à disposição pela lei interpretativa, a serem ratificados pelo legislador, à medida do permissivo concedido para a celebração de “compromissos com os interessados”, aptos a pôr fim a controvérsias jurídicas e interpretativas, mediante solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais.

Como exemplo de instrumentos que se encaixam no modelo proposto pelo acréscimo na LINDB, tem-se, no âmbito do controle externo efetuado pelos Tribunais de Contas, os chamados Termos de Ajustamento de Gestão ou de Conduta, conforme a denominação adotada pela regulamentação interna de cada órgão controlador, doravante apenas TAGs.

A função principal dos Tribunais de Contas no que tange ao controle externo dos atos administrativos é o julgamento das contas dos administradores públicos, determinando prazos para que as irregularidades encontradas sejam sanadas. Em breve síntese, no julgamento de contas de seus jurisdicionados, a casa de contas do ente respectivo pode julgar a prestação de contas como regular, regular com ressalvas ou irregular.

Em apertada síntese, regulares são as contas que expressam a exatidão dos demonstrativos contábeis, a economicidade e a legalidade dos atos da gestão responsável (*ibidem*, p. 164); regulares com ressalvas são as contas que evidenciam “impropriedade ou qualquer falta de natureza formal de que não resulte danos ao erário” (*ibidem*, p. 164); e irregulares são as contas em que foi comprovada omissão, ilegalidade, ausência de economicidade, infração à norma contábil ou financeira (*ibidem*, p. 164). Ainda, no caso de irregularidade das contas há a possibilidade de imputação de débito ou multa, que terão eficácia de título executivo (*ibidem*, p. 165)⁵.

Surge assim o TAG como proposta alternativa ao punitivismo das penalidades administrativas, com a pretensão de inaugurar uma lógica de consenso no

⁵ TEIXEIRA, Alan José de Oliveira. O Termo de Ajustamento de Gestão no controle eficiente da Administração Pública. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 15, nº 2, p. 235-258, jul./dez. 2017. Disponível em: <<http://arnsdeoliveira.adv.br/artigos/o-termo-de-ajustamento-de-gestao-no-controle-eficiente-da-administracao-publica/>>. Acesso em 13/12/2018.

controle exercido por esses tribunais, sempre que não se mostre necessária a pronta aplicação do poder coercitivo. O TAG, ressalta-se, deve estar fora do escopo de aplicação nas hipóteses em que esteja configurado o desvio de recursos públicos e nos casos de processo com decisão definitiva irrecorrível, guardando observância ao princípio da moralidade administrativa.

Melhor conceituando, o TAG pode ser definido como um acordo de vontades entre o jurisdicionado controlado e a corte controladora, diante da constatação de irregularidades, sejam de ordem jurídicas ou fáticas, que levariam à aplicação de sanção. Em substituição a essa imperatividade, pactuam-se objetivos a serem cumpridos, correção de rumos a serem implementados em determinado espaço de tempo, com a retificação da irregularidade, para que o ato possa ser considerado regular. Nesse período, suspende-se a aplicação de penalidades ou sanções, com monitoramento pelos órgãos técnicos do Tribunal. Somente a hipótese de novo descumprimento, resultaria na cominação.

[o TAG] afina-se com a moderna tendência da Administração Pública e do Direito Administrativo, menos autoritários e mais convencionais, imbuídos do espírito de ser a consensualidade alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível [...] sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo.⁶

Esse instrumento de gestão, assim, pauta-se pelos princípios da consensualidade, voluntariedade e da boa-fé, ou seja, que os conflitos com a administração se resolvam pelo consenso, de forma livre e voluntária pelos acordantes, imbuídos do requisito subjetivo da boa-fé, a conduta proba dos pactuantes. Instrumento que visa concretizar o princípio da eficiência insculpido no texto constitucional, a segunda chance representada pelo TAG justifica-se à medida que o controle sancionatório por si só – ao longo do tempo – demonstrou-se não ser capaz de realizar o interesse público pretendido que é a eficiente execução da política pública com a consecução dos resultados pretendidos. Não se verificam melhorias na execução dessas políticas simplesmente pelo fato de gestores serem punidos e efetuado o pagamento das multas impostas.

O TAG, por sua vez, preconiza a entrega do resultado final do produto (*accountability*), o que é o próprio interesse público pretendido pela lei, valendo-se da análise do consequencialismo jurídico e fático ocorrido no âmbito da execução, para que seja alcançado o acordo entre as partes que culmine no correto cumprimento do resultado que fora planejado. Subsistindo o descumprimento permanece a possibilidade de aplicação de penalidades administrativas ou até mesmo a adaptação do acordo por

⁶ FERRAZ, Luciano. Termo de Ajustamento de Gestão e o alerta previsto no art. 59, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal: dez anos depois. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas*, Belo Horizonte, ano 1, nº 0, p. 205-214, set. 2010.

meio de termos aditivos, tudo conforme criteriosa análise do caso concreto. É, portanto, uma alternativa negociada que convirja ao atendimento do interesse público.

Importante frisar que ao celebrar um TAG, o gestor responsável acaba por assumir que a irregularidade constatada, de fato, existiu, eliminando qualquer argumentação caso ocorra a necessidade de aplicar a sanção. A diferença, no caso da opção da celebração negociada e consensual por meio de uma solução conjunta é que se afasta, por ora, um ato unilateral de imposição de alguma coerção para procurar alcançar o resultado pretendido.

Ao firmar um TAG, o proponente não tutela um interesse próprio, mas sim um interesse indisponível, pertencente a toda a coletividade. A transação deve ocorrer nos limites do ato normativo regulamentar já previamente estabelecido pelo proponente. O objeto do acordo não abrange o direito em si, mas seu conteúdo abrangerá novas estipulações relativas às condições de tempo, lugar e modo para a consecução do resultado pretendido, respeitando a discricionariedade do gestor na escolha das alternativas legítimas para que ocorra o efetivo atendimento do interesse público.

Vale dizer que a opção pelo TAG deve conter limites, sendo que as regulamentações já existentes no âmbito das cortes de contas que já adotam esse novo instrumento vedam, modo geral, a pactuação do acordo nas hipóteses em que o ato irregular configurou-se em ato doloso de improbidade administrativa, desvio de recursos públicos, quando implicou renúncia de receitas, decisão irrecorrível sobre ato ou fato impugnado, redução dos percentuais mínimos de investimentos nas áreas de saúde e educação.

Em artigo na Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Antônio França da Costa⁷ compilou algumas das limitações existentes, regulamentadas pelos Tribunais:

Nas leis orgânicas citadas, os tribunais de contas trazem expressamente os seguintes limites ao TAG: • TCE-SE: não pode implicar renúncia de receitas; não pode ser celebrado quando configurar ato doloso de improbidade administrativa; • TCE-MG: não pode ser celebrado nos casos em que esteja previamente configurado desvio de recursos públicos e nos casos de processo com decisão irrecorrível; não pode retroagir se resultar no desfazimento de atos administrativos ampliativos de direitos, salvo comprovada má-fé; • TCE-RN: não cabe a celebração do TAG para os casos em que ficar configurado ato doloso de improbidade administrativa; • TCE-MT: não cabe a celebração de TAG quando a situação configurar ato doloso de improbidade administrativa; ajustamento que implique renúncia de receita e casos em que já houver decisão irrecorrível sobre o ato ou fato impugnado; • TCE-AM: situação que configure indícios de improbidade administrativa; existência de processo com decisão definitiva irrecorrível; implicação de renúncia de receita, com a ressalva

⁷ DA COSTA, França Antônio. Termo de Ajustamento de Gestão: busca consensual de acerto na gestão pública. *Revista TCEMG*, jul./ago./set. 2014, p. 29. Disponível em: <<http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2824.pdf>>. Acesso em 15/12/2018.

das multas aplicadas pelo Tribunal e implicação de redução dos percentuais constitucionais mínimos de investimento nas áreas de saúde e educação.

O Tribunal de Contas da União (TCU), na última reforma do seu regimento interno, Resolução nº 246, de 30/11/2011, ainda não incorporou os TAGs ao seu ordenamento, mas passou a admiti-los⁸, conforme se infere do Acórdão nº 2.121/17 – relatado pelo ministro Bruno Dantas e tratado pelo próprio Tribunal como *leading case* –, bem ainda do Acórdão nº 1.707/2017 (Plenário, rel. min. Augusto Nardes) e do Acórdão 393/2018 (Plenário, rel. min. Augusto Nardes).

2.2. O controle interno da Administração Pública e a celebração de Termos de Ajustamento de Condutas e de Gestão

O controle interno da Administração Pública também pode ser chamado de controle horizontal à medida que – diversamente do controle externo – oportuniza a conformação legal dos atos, com a efetivação de ajustes antes que eventuais efeitos nocivos já tenham ocorrido. Representa, assim, uma atuação proativa da Administração Pública, a fim de verificar e corrigir seus próprios atos, punir seus infratores, a fim de viabilizar plenamente o exercício das políticas públicas por si próprias planejadas.

Consagrado na doutrina, na própria legislação e no conhecido verbete sumular do Supremo Tribunal Federal com o Enunciado nº 473⁹, como reconhecida prerrogativa da Administração Pública, o controle interno também é um típico mecanismo consensual, que pode ser formalizado por meio de TAGs. Esses também têm sido adotados com bastante frequência em sede de fiscalização de serviços concedidos como, por exemplo, energia elétrica, telefonia, transportes e rodovias.

As agências reguladoras, por exemplo, disciplinam regramento específico sobre as matérias que podem ser objeto de TAGs, dispondo, ainda, sobre o momento que o acordo pode ser proposto, a autoridade competente para decidir sobre a sua celebração, sanções e restrições no caso de descumprimento das obrigações assumidas, o momento de arquivamento do processo administrativo sancionador após o cumprimento integral do TAG. Assim, no âmbito da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel, a disciplina está regradada pela Resolução Normativa nº 333/2008, na Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, Resolução nº 629/2013, na Agência

⁸ Os atos negociais da Administração praticados no âmbito de TAG, quando envolvem transação de bens e recursos públicos, estão sujeitos à jurisdição do TCU, tal qual ocorre com os procedimentos de mediação (Lei nº 13.140/2015) ou com os acordos de leniência previstos na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), cabendo, caso a caso, a avaliação de conveniência e oportunidade de o Tribunal atuar, com base em critérios de materialidade, relevância e risco. Tribunal de Contas da União, Acórdão 2.121/2017-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS.

⁹ A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, Resolução nº 442/2004 c/c Resolução nº 4.071/2013. Contudo, diante da diversidade de situações que envolvem o contexto fático ou jurídico, cabe pontuar que nem sempre haverá uma regulamentação prevendo, de forma taxativa, expressa ou exaustiva as obrigações possíveis de serem estabelecidas pelo acordo, de modo que a regra geral interpretativa do art. 20 da LINDB é de curial importância, à medida que o pragmatismo envolto na escolha de uma decisão deve estar aberto para certa flexibilidade na definição das obrigações a serem ajustadas, com a devida análise das consequências envolvidas e do resultado prático da decisão para atingir a finalidade a que se destina.

Nessa toada, em recente decisão emanada no Acórdão nº 2.121/2017, Plenário do Tribunal de Contas da União, sobre o cabimento dos ajustes celebrados no âmbito do autocontrole, tais instrumentos, em caráter complementar ao processo sancionatório, podem ser mais efetivos quando se tratam de cumprimento de certas obrigações ou de reparação de danos. Para o órgão de controle, o consenso em torno das obrigações tem o condão de aumentar “as chances de cumprimento dos compromissos acordados, com possibilidade real de correção/cessão das condutas danosas”, o que resulta na “eliminação dos elevados custos de carregamento desses processos (sancionatórios) ao longo dos anos de suas existências, substituindo os efeitos nocivos da litigância administrativa e, eventualmente, judicial, recorrente e duradoura, por um termo objetivo e consensual”.

Segundo o TCU, a perseguição da eficiência é o critério definidor do cabimento da celebração de um termo de ajuste e deve restar devidamente demonstrada na motivação que fundamentou a celebração do acordo.

Experiência pioneira no país no âmbito do controle interno de órgãos da Administração perante outros órgãos do mesmo ente é a do município de Belo Horizonte, o qual editou a Lei nº 9.155, de 12 de janeiro de 2006, com regulamento no Decreto nº 12.634, de 22/2/2007, por meio do qual a Controladoria-Geral do Município tem a prerrogativa de acordar com outros órgãos municipais Termo de Compromisso de Gestão (TCG) com os meios corretivos para que efetivem o saneamento de irregularidades constatadas.

Materialmente, as atribuições dos órgãos de autocontrole e do controle externo dos tribunais de contas não se mostram distintas, ambos apurando em sua instância os atos administrativos praticados, representando a importância dada pelo constituinte à boa prática administrativa no que envolve a gestão da *res publica*, a evitar o desperdício de recursos e a escorregia consecução das políticas formuladas. Até porque quanto mais frágeis os mecanismos de controle, mais sujeita a erros, desperdícios e até mesmo condutas fraudulentas a Administração estará sujeita.

2.3. Mecanismos consensuais no controle judicial da Administração Pública

Também no âmbito do controle judicial dos atos da Administração Pública, as soluções consensuais são mais demandadas e utilizadas, como exemplo a edição

da Lei federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, possibilitando a resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público. O Novo Código de Processo Civil – Lei federal nº 13.105, de 16 de março de 2015 –, doravante apenas NCPC, ao estabelecer as normas fundamentais do Processo Civil estimula o Estado ao uso dos meios consensuais de controvérsia: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” – art. 3º, § 2º, NCPC –, cabendo ao advogado a sujeição a tal dever para que verifique as chances de mediação ou conciliação. E o § 3º do citado art. 3º arremata: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Registre-se que tais normas do CPC podem ser utilizadas também no processo administrativo, supletiva ou subsidiariamente, conforme a previsão do artigo 15 do NCPC.

José Santos Carvalho Filho (2015, p. 1036), aduz que o sentido moderno do princípio da legalidade coaduna com a visão de que não está vedado ao Estado transacionar com o argumento de indisponibilidade do interesse público:

Não há dúvida de que o Estado há de ter cautela redobrada no que tange ao emprego de recursos públicos, visto que esses se originam, em última instância, dos integrantes da coletividade. Entretanto, o sentido moderno do princípio da legalidade não implica a vedação para que o Estado celebre transações, sobretudo quando é a própria lei que o estabelece. Por outro lado, a indisponibilidade dos bens públicos significa apenas que o Poder Público não pode disponibilizar seus recursos com total liberdade, como o fazem os particulares em geral; mas, por outro lado, nada impede que os empregue dentro de parâmetros de necessidade, utilidade e razoabilidade, até porque semelhante atividade se configure como gestão dos interesses públicos, o que não se confunde com indisponibilidade.

Não se pode confundir, portanto, a indisponibilidade do interesse público com a intransigibilidade, pois essa somente se afigura cabível quando a lei a expressamente proibiu, como é o caso da vedação de transação nas hipóteses de improbidade administrativa (art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992).

Citem-se ainda os estímulos à conciliação judicial operada no sistema processual pátrio com a pioneira Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei federal nº 10.259, de 12 de julho de 2001) nos litígios até 60 salários mínimos em que é demandada a União Federal, posteriormente estendida aos processos em que figuram como requeridos os demais entes da federação, Lei federal nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, a necessitar de complementação de cada ente, mas pugnando pela busca de soluções negociadas entre Poder Público e os particulares em juízo.

3. ATUAÇÃO FUNCIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA NO CONTROLE CONSENSUAL

A Advocacia Pública passou a ter atuação definida no cenário jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, momento em que

definitivamente agregou maior relevância ao ser classificada como uma das funções essenciais à justiça e teve seu exercício protegido por norma constitucional.

DA ADVOCACIA PÚBLICA

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

[...]

Art. 132. Os procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).¹⁰

Como órgão técnico essencial à Justiça, a Advocacia Pública atua tanto na atividade contenciosa judicial do Estado, aqui compreendido o termo nos seus diversos níveis de organização política administrativa, bem como na consultoria jurídica da Administração Pública, concentrando a dupla função (contenciosa e consultiva) em uma instituição única, alçando-a uma condição superior de instituição curadora da legalidade da atuação do Poder Público.

Em sede de controle consensual dos atos da Administração, a atuação do advogado público, por sua vez, mostra-se curial. Isso porque em se tratando de mudança de paradigma de atuação da Administração Pública muitas são as dúvidas ao novel modo, bem como muitas são as críticas inerentes à própria aplicação dos instrumentos postos à disposição pela doutrina do consensualismo.

De um ponto de vista pragmático, a consensualidade no âmbito do Estado envolve-se em um problema dual: de um lado, se utilizada de maneira correta, trata-se de uma prática vantajosa para as estruturas do Estado, especialmente do ponto de vista social e econômico, na medida em que apresenta diversos benefícios, alguns já citados acima; de outro lado, enfrenta um entrave argumentativo contundente, originário da noção tradicional da indisponibilidade do interesse público e suas repercussões, que será tratado em tópico à frente¹¹.

O próprio Ministério Público Federal, na Nota Técnica Conjunta nº 1/2018, teceu severas críticas ao projeto de lei aprovado, recomendando ao excelentíssimo senhor

¹⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, DF, 5 de outubro 1988.

¹¹ NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, v. 55, nº 218, p. 66, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso em 15/12/2018.

presidente da República o veto dos dispositivos. Cita-se aqui os trechos mais relevantes, especialmente à discordância de conteúdo quanto aos artigos citados no primeiro tópico:

O dispositivo, na redação apresentada, é bastante amplo, e dá abertura, inclusive, para que seja invocado mesmo nos casos de decisões judiciais que não tenham por objeto o controle de ato administrativo. Entretanto, mesmo que contida a aplicação do dispositivo à função de controle, o artigo proposto peca por transferir indevidamente ao julgador os ônus e as responsabilidades inerentes à atividade do gestor público. Ao julgador, compete aplicar a lei, confirmando a validade ou invalidando o ato. A depender do alcance que se empreste à expressão “consequências práticas”, corre-se o risco de exigir do magistrado que determine, substituindo-se ao gestor, a adoção de todas as medidas que a correção do ato imporá. Ora, as consequências práticas, quer de ordem jurídica, quer de ordem administrativa, da invalidação do ato estão preestabelecidas no ordenamento jurídico, sendo de se pressupor que sejam de conhecimento de todos, sobretudo do administrador público. Daí porque, tomando-se inteiramente pertinente a invocação do dispositivo vigente da própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece), parece excessivo exigir-se do órgão que exerce o controle manifestação expressa das consequências jurídicas da sua decisão. Há um risco de se converter os órgãos de controle e órgãos judiciais em órgãos de consultoria jurídica da própria Administração. Parece impensável, do mesmo modo, supor que o magistrado ou o órgão controlador possa analisar o exame das “alternativas possíveis”, como quer o parágrafo único, porque essa atividade é essencialmente do gestor. Resultado dessa situação esdrúxula seria o desvirtuamento da função judicial, por exemplo, para atividade de consultoria do administrador, perscrutando alternativas e consequências em seu benefício. Umas e outras devem ser buscadas e/ou suportadas pelo gestor, que deixou de adotar as cautelas necessárias para evitar que o ato viesse a ser invalidado.

Do mesmo modo, não menos brandas são as críticas ao artigo 26 da LINDB, veja-se:

O artigo 26, como o anterior, atenta contra a atuação dos órgãos de controle, notadamente dos Tribunais de Contas. A celebração do compromisso com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público desponta como passe livre para subtrair a ação do administrador aos órgãos de controle.

[...]

Ao dispor sobre o compromisso e a transação quanto a sanções, lança-se o administrador em campo fértil para a impunidade. O instituto da transação, como é sabido, impõe concessões recíprocas. No caso em comento, a falta de qualquer referência a quais seriam as concessões possíveis, que benefícios poderia a Administração Pública obter do agente público e em que condições o acordo seria celebrado, resulta em perigosa trilha para eximir o gestor da responsabilidade no trato da coisa pública.

É nesse âmago que a Advocacia Pública, inserida como função essencial à Justiça, deve fazer protagonizar no Estado de Direito a missão que lhe foi incumbida. O advogado público deve orientar o gestor – conforme a situação que se apresenta no caso concreto – a adotar mecanismos consensuais quando assim essa opção apresentar ser a mais eficiente para a consecução do resultado a que se objetiva (*accountability*), ou afastá-lo quando a atuação imediata recomende de pronto a aplicação de medidas imperativas – típicas do controle burocrático. Deve assim sopesar ao gestor, no âmbito de uma Administração Pública dialógica, diante da técnica jurídica que lhe é ínsita, a escolha da melhor interpretação possível, indicando os riscos e afastando posições que prejudiquem a obtenção de resultados pela Administração. Cleuler Batista das Neves e Marcílio da Silva Ferreira Filho, citando Onofre Alves Batista Júnior, sintetizam essa posição:

Se existe a possibilidade de celebração de contratos alternativos que propiciem soluções mais ajustadas ao desiderato de atendimento otimizado do bem comum, em especial quando o Direito estabelece cláusulas setoriais autorizativas, firma-se o dever/poder de transacionar, sempre que essa se constitua na melhor alternativa para o atendimento do bem comum.¹²

Dessa feita, embora o acréscimo na LINDB tenha dado a preferência para a adoção de mecanismos consensuais, a opção consensual deverá ser utilizada quando realmente for a melhor alternativa à eficiência, o que por certo não afasta o controle sancionatório. A unilateralidade decorrente da imposição de sanções não pode ser dispensada quando a análise da situação posta determine ser essa a melhor escolha. O interesse público nessa nova roupagem é moldado assim pela busca do melhor resultado, aquele que satisfaça a execução da pretendida política pública. Dados os percalços enfrentados na sua execução, a nova LINDB confere outra opção ao gestor do que a mera aplicação de sanção. A escolha da via consensual ou sancionatória deve ser muito bem sopesada a cada caso em concreto.

À Advocacia Pública, por meio de seus órgãos na União, nos estados, Distrito Federal e nos municípios onde já instituída, cabe, com exclusividade, a advocacia contenciosa e preventiva (assessoramento e consultoria jurídica) dos poderes estatais como um todo. Nesse contexto, ganha um novo relevo e função, eis que entre as carreiras de estado é a mais capacitada para avaliar as consequências práticas, quer de ordem jurídica, quer de ordem administrativa, os obstáculos e dificuldades reais do gestor na condução das políticas públicas. Com isso, ao lado da capacidade de diálogo do advogado público com os demais atores envolvidos na situação posta, haverá condições de avaliar ao gestor a escolha mais condizente para a resolução de determinada situação.

A experiência profissional do advogado público, viabilizada até mesmo pela sua direta interlocução entre o Estado Executivo e o Estado Juiz, seja ainda pela

¹² NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, nº 218, p. 78, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63.pdf>. Acesso em 15/12/2018.

atividade jurisconsultiva que lhe é inerente, com necessidade de constante estudo do panorama legislativo e jurisprudencial em vigor para o atendimento das necessidades diárias da Administração, o torna habilitado para propiciar ao gestor a ponderação fático-jurídica necessária para a escolha da opção de controle que atenda ao interesse público da forma mais geral, equânime, segura e eficiente. Com isso, a Advocacia Pública pode efetivamente concretizar a missão constitucional que lhe foi atribuída de essencial à Justiça, de forma que as resistências manifestadas pelos órgãos de controle e Ministério Público Federal quando da edição da lei, de fato, não subsistirão, pois não haverá transferência indevida aos julgadores desses órgãos de avaliar ônus e responsabilidades inerentes às atividades do gestor público.

CONCLUSÃO

É fato que está em curso uma revisitação do Direito Público pátrio, em especial no Direito Administrativo. Revisitação provocada por uma série de transformações no contexto social, aliada a frustrações ocorridas no meio político-burocrático que não acompanharam as transformações da sociedade e assim deixaram de concretizar resultados úteis aos administrados.

A consagração da eficiência como princípio administrativo constitucional, por sua vez, torna imperativa a entrega de resultados que, de fato, tragam as melhorias tanto almejadas pela coletividade. Nesse sentido, há uma modificação do conceito de interesse público, que passa a ser entendido não como um imperativo que atenda ao interesse secundário do ente, mas sim aquele que propicie a percepção de resultados da forma mais equânime, célere e econômica. Decorrência de tais transformações, o controle da Administração Pública também exige modificações, de forma que a mera aplicação de sanções – típica do modelo burocrático com utilização de controles punitivos – nem sempre se mostra apta à concretização de resultados, que é a exigência da ordem constitucional. Para tanto, exsurge um novo modelo de controle administrativo, pontuado pelo consensualismo e agora consagrado na legislação pátria, com o acréscimo do art. 26 da nova LINDB. Tal instrumento propicia que se encontrem soluções negociadas entre controlador e controlado, com vistas à escorreita condução do ato, sempre com o intuito de se alcançar o resultado pretendido (*accountability*) em substituição à mera aplicação de sanções, que, igualmente, não resultaria no fim colimado.

Nada obstante, o novo modelo sofre críticas e dúvidas, como sói com tudo o que se mostra novo, e nem sempre na análise do caso concreto pode se mostrar interessante a sua substituição pelo modelo tradicional de controle sancionatório. Nesse passo é que se mostra primordial a atuação da Advocacia Pública, pois, como função essencial à Justiça que é, reúne condições de bem avaliar ao gestor público – mediante minuciosa análise da situação concreta – qual a melhor opção, tendo em vista a necessidade de alcançar o resultado, eis que determinadas ocasiões podem exigir de pronto a aplicação de sanções, outras podem ser objeto de termos de ajustes, em concretização ao consensualismo, agora opção disponível ao gestor.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, C. C.; ALVES, M. S. D. Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno. *Revista do TCEMG*, Belo Horizonte, v. 84, nº 3, p. 81-92, jul./set. 2012. Disponível: <<http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1606.pdf>>. Acesso em 29 nov. 2018
- BALTAR Neto, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito Administrativo*. Editora Juspodvm, 8ª ed. Salvador, 2018.
- BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, Brasília, DF, abril 2018.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, DF, 05 de outubro 1988.
- BRASIL, Nota Técnica Conjunta nº 1/2018, Brasília, 11/04/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-pgr-lindb.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2018.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DA COSTA, França Antônio. Termo de ajustamento de gestão: busca consensual de acerto na gestão pública. *Revista TCEMG*, jul/ago./set.2014, p. 19-33. Disponível em: <<http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2824.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- FERRAZ, Luciano. LINDB consagra controle consensual da administração pública. *Revista Consultor Jurídico*, junho 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/interesse-publico-lindb-consagra-controle-consensual-administracao-publica?imprimir=1>>. Acesso em 16 dez. 2018.
- FERRAZ, Luciano. Termo de ajustamento de gestão (TAG): do sonho à realidade. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 8, nº 31, out/dez. 2010, p. 43 a 50.
- FERRAZ, Luciano. Termo de ajustamento de gestão e o alerta previsto no art. 59, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal: dez anos depois. *Revista Técnica dos Tribunais de Contas*, Belo Horizonte, ano 1, nº 0, set. 2010, p. 205-214.
- FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de; CÂMARA DE ALMEIDA, Aline Paola C.B.; Garcia, Flávio Amaral. O Futuro da Advocacia Pública: A Ação Preventiva e Proativa. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, nº 7. p. 11-36, 2016. Disponível em: <<http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/OFuturodaAdvocaciaPublicaAAcaoPreventivaeProativa.pdf>>. Acesso em 8 jun. 2018.

JORGE, Álvaro; SARAGOÇA, Mariana. *Consensualidade cada vez mais presente na administração pública*. Disponível em: <<http://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/143980654/consensualidadecada-vez-mais-presente-na-administracao-publica>>. Acesso em 29 nov. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; VÉRAS, Rafael de Freitas. A Lei nº 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos. *Revista Consultor Jurídico*, maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opinio-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos#author>>. Acesso em 12 dez. 2018.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, nº 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63.pdf>. Acesso em 14 dez. 2018.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Os termos de ajuste de conduta da Anatel e da ANTT na visão do TCU. *Coluna do Justen*, 15/02/2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opinio-e-analise/colunas/coluna-do-justen/os-termos-de-ajuste-de-conduta-da-anatel-e-da-antt-na-visao-do-tcu-15022018>>. Acesso em 15 dez. 2018.

SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público: caminho possível e adequado, com o devido respeito às peculiaridades do regime jurídico-administrativo. *Revista do Advogado AASP – Mediação e conciliação*, nº 123, São Paulo, Agosto de 2014, p. 162-169.

TEIXEIRA, Alan José de Oliveira. O Termo de Ajustamento de Gestão no controle eficiente da Administração Pública. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 15, nº 2, p. 235-258, jul/dez. 2017. Disponível em: <<http://arnsdeoliveira.adv.br/artigos/o-termo-de-ajustamento-de-gestao-no-controle-eficiente-da-administracao-publica/>>. Acesso em 13 dez. 2018.