

LINDB consagra controle consensual da administração pública

07/06/2018



Luciano Ferraz
advogado e professor

No último artigo que publiquei nesta coluna, anunciei a intenção de

escrever uma sequência de textos sobre as alterações produzidas na LINDB pela Lei 13.655/18. As repercussões práticas e jurídicas dessas alterações — cuja aplicação e serventia ultrapassam as esferas da administração ativa, para abranger também as esferas judicial e controladora — estão a exigir, num contexto de crise generalizada, um debate profícuo que venha a auxiliar os estudiosos e profissionais do Direito Administrativo na maturação cognitiva dos novos preceitos.

Este ensaio é destinado a demonstrar que as alterações da LINDB consagraram definitivamente o modelo de controle consensual da administração pública, mediante o estabelecimento de mecanismos bilaterais que homenageiam a noção de consensualidade.

Veja-se, por exemplo o que dispõem os artigos 26 e 27 da repaginada LINDB.

“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 envolvidos”.

Sobre o citado artigo 27, remeto o leitor ao excelente texto publicado aqui na **ConJur** pelos professores Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas[1], donde consta a consideração de que a LINDB pavimenta definitivamente a aplicação de métodos consensuais em diversas realidades da administração pública brasileira[2].

Já com relação ao artigo 26 da LINDB, verifica-se que o preceito também possui uma dimensão ampla. O dispositivo autoriza explicitamente a celebração de “compromissos com os interessados”, com o objetivo de colocar fim a controvérsias jurídicas e interpretativas, mediante solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais.

Cogitando-se da aplicação dessa norma à atividade de controle da administração pública, a conclusão é que ele consagra definitivamente os “Termos de Compromisso de Gestão” ou “Termos de Ajustamento de Gestão”, aos quais dediquei parte considerável de minhas incursões acadêmicas[3].

Com efeito, em trabalho de doutoramento[4] apresentado na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) há quase 15 anos, sustentei a possibilidade de os tribunais de contas firmarem referidos termos de gestão, como forma de expressão genuína do controle consensual da administração pública. Escrevi:

“É preciso perceber, no que se refere ao controle da Administração Pública, que ‘o processo tradicional privilegia a linguagem burocrática. Mas ocorre que a tutela dos direitos transindividuais pressupõe muitas vezes que sejam levadas em conta variáveis diversas, que podem ser melhor examinadas em um processo com ênfase na conciliação’.

[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, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo.

Vislumbra-se a adoção, pelos Tribunais de Contas de expediente como objetivo de “contratar” com os administradores públicos, alternativas e metas para a melhoria do desempenho dos órgãos, entidades e programas [...]. Este “contrato” assumirá contornos de verdadeiro “contrato de gestão” e o Tribunal de Contas desempenhará o papel de árbitro entre a sociedade e os agentes encarregados de lidar com a res publica.

A competência para iniciativas deste jaez [encontra] guarida numa leitura sistêmica do art. 71, IX, da Constituição e do alerta previsto no art. 59, § 1º, V, da Lei Complementar 101/2000 (LRF)”.

Com efeito, já naquela ocasião se sustentava que a concepção da atividade de controle exclusivamente como controle sanção pertencia ao tempo em que tanto a atividade de administração pública quanto o ordenamento jurídico buscavam sua essência no positivismo exegético: a administração seria eficiente e otimizada se cumprisse fidedignamente os procedimentos traçados pelos regulamentos organizacionais (Escola da Administração Científica), e o Direito restaria respeitado à medida que o administrador cumprisse à risca os artigos de lei — abstrata e genérica — predispostos pelo legislador (princípio da legalidade estrita).

Ocorre que, tanto ao nível da Ciência de Administração quanto ao nível do Direito Administrativo, as novas escolas e os novos métodos de administração (por exemplo, relações humanas, administração sistêmica, administração por objetivos), aliados à perspectiva do Direito por princípios, deixavam ver que nem tudo no âmbito da atividade administrativa e no âmbito jusnormativo poderia ser reconduzível, respectivamente, aos procedimentos estritos e ao emaranhado de regras ditadas pelo legislador.

O reflexo dessa virada conceitual, para o âmbito do controle da administração pública, ditaria — por assim dizer — a necessidade de aproximação, cada vez mais premente, entre fatos (condições de atuação) e normas *prima facie* (no âmbito do Direito) e entre procedimentos e demandas sociais (no âmbito da administração pública), o que impulsionou a proposta de substituição parcial dos mecanismos de controle sancionatório por mecanismos de controle consensual, com viés essencialmente resolutivo e pragmático[5].

Na prática administrativa, os termos de ajustamento ou compromisso de gestão foram utilizados pioneiramente pelo município de Belo Horizonte quando exerci o cargo de controlador-geral do município. Conforme previsão do artigo 12 do Decreto 12.634, de janeiro de 2007 (o primeiro a tratar do tema):

Art. 12 - O Termo de Compromisso de Gestão - TCG é instrumento de controle consensual, celebrado entre a autoridade máxima do órgão, entidade, programa ou projeto auditado e a Controladoria-Geral do Município, e conterá:

- I – identificação sucinta das autoridades e da administração envolvidas;
- II – obrigações e metas assumidas pelas autoridades diante das recomendações do Controlador-Geral do Município;
- III – prazos para implementação das obrigações assumidas;
- IV – outros elementos necessários para seu fiel cumprimento.

§ 1º – O Termo de Compromisso de Gestão – TCG, obriga as autoridades signatárias à adoção das recomendações formuladas pelo Controlador-Geral e será monitorado regularmente pela Auditoria-Geral do Município, a qual poderá solicitar informações periódicas sobre seu adimplemento.

§ 2º – Será instituído banco de dados específico, visando ao permanente monitoramento dos Termos de Compromissos de Gestão celebrados.

§ 3º – O não-cumprimento das obrigações previstas no Termo de Compromisso de Gestão – TCG, pelas autoridades signatárias, provoca sua automática rescisão, autorizando o Controlador-Geral do Município a dar ciência do fato ao Prefeito e ao TCEMG, sem prejuízo das responsabilidades funcionais a serem apuradas em processos próprios.

Os resultados apurados pela Controladoria-Geral do Município de Belo Horizonte no primeiro monitoramento regular dos termos de compromisso de gestão apontaram para a melhoria do desempenho da administração municipal, com percentual de resolução negociada dos problemas administrativos da ordem de 87%^[6].

Depois da difusão dessa experiência de controle interno, diversos tribunais de contas do Brasil passaram a contar com os termos de ajustamento de gestão nas respectivas leis orgânicas. Atualmente, os tribunais de contas de Acre, Amapá, Amazonas, Bahia (TCE), Ceará, Espírito Santo, Goiás (TCE e TCM), Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará (TCM), Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro (TCE), Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Sergipe e Tocantins contam com essa previsão na respectiva legislação^[7].

Mais recentemente, o Tribunal de Contas da União — que na última reforma do seu regimento interno, em 2011, não havia aprovado a incorporação do TAG — passou a utilizá-los, conforme se infere do Acórdão 1.707/2017 (Plenário, rel. min. Augusto Nardes) e do Acórdão 393/2018 (Plenário, rel. min. Augusto Nardes).

A expectativa é que a previsão da LINDB incremente a utilização dos termos de compromisso ou ajustamento de gestão, reduzindo custos e diminuindo o tempo de resposta da ação controladora. Na síntese cirúrgica de Agustín Gordillo: *“El control existe en la medida em que resulta posible pasar de la detección de la falta de legalidad [...] a acciones correctivas”*.

^[1] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Verás de. *A Lei 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos*. <https://www.conjur.com.br/2018-mai->



11/opiniaio-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos. Acesso em 5/6/2018.

[2] Nesse sentido, já existiam diversas previsões e experiências práticas fragmentadas no Direito brasileiro, a ver: os termos de ajustamento de conduta (artigo 5º, parágrafo 6º da Lei 7.347/85), os compromissos de cessação (artigo 85 da Lei 12.529/11), os acordos de leniência (artigo 86 da Lei 12.259/11 e artigo 16 da Lei 12.846/13), os acordos substitutivos nas agências reguladoras (por exemplo, artigo 21 da Resolução 63/2004 da Aneel), os acordos substitutivos nos processos disciplinares contra servidores públicos (por exemplo, Suspensão do Processo Disciplinar (Suspad) – Lei Municipal 9.310/06 e ajustamento disciplinar no estado de Minas Gerais – Decreto 46.906/15) e os acordos de leniência nos processos punitivos da legislação contratual (artigo 17 da Lei 12.846/13). Ver, a respeito, FERRAZ, Luciano. *Acordos de leniência da Lei anticorrupção cumprem diferentes papéis*. <http://www.conjur.com.br/2015-jul-23/interesse-publico-acordos-leniencia-lei-anticorruptao-cumprem-diferentes-papeis>; FERRAZ, Luciano. Controle Consensual da Administração e Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, n. 4, Ano XXV, 2007 e <http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/eventos/anos-anteriores/2007/arquivos/seminario-nacional-de-direito-administrativo-disciplinar/painel-vi-luciano-ferraz.pdf>.

[3] Ver sobre o tema FERRAZ, Luciano. Controle Consensual da Administração e Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, n. 4, Ano XXV, 2007; FERRAZ, Luciano. Termo de Ajustamento de Gestão e o alerta do art. 59, §1º da Lei de Responsabilidade Fiscal. Dez anos depois. In: CASTRO, Rodrigo Pironte Aguirre de. *Lei de Responsabilidade Fiscal: ensaios em comemoração aos 10 anos da Lei Complementar n. 101/00*. Belo Horizonte: Fórum. 2010. p. 287-294; FERRAZ, Luciano. Termo de Ajustamento de Gestão (TAG): do sonho à realidade. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, Ano 8, nº 31, out/dez. 2010.

[4] FERRAZ, Luciano. *Novos Rumos para o Controle da Administração Pública*. Tese de Doutorado, UFMG, 2003.

[5] Algum tempo depois, a ideia desse tipo de controle frutificou e passou a constar de trabalhos acadêmicos e técnicos. Ver a respeito os seguintes artigos: CUNHA, Daniela Zago. Um breve diagnóstico sobre a utilização dos termos de ajustamento de gestão pelos Tribunais de Contas estaduais. *Revista Interesse Público*, n. 51, 2009. GUEDES, Jefferson Carús. *Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública*. www.carreirasjuridicas.com.br. BARROSO FILHO, Angerico Alves. *Avaliação do Termo de Ajustamento de Gestão como instrumento do controle consensual da Administração Pública*. <http://www.abdconst.com.br/revista12/avaliacaoAngerico.pdf>; ARAÚJO, Cláudia Costa; ALVES, Marília Souza Diniz. *Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno*. <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1606.pdf>.

[6] O instrumento consensual de controle continua sendo largamente utilizado pela Controladoria-Geral da capital mineira.

[7] O pioneirismo dessa previsão foi do Tribunal de Contas do Estado de Goiás.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2018-jun-07/interesse-publico-lindb-consagra-controle-consensual-administracao-publica/>