

RECEBIDO EM: 03/11/2021
APROVADO EM: 08/08/2022

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO (TAG) E SEU REGIME JURÍDICO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS

THE MANAGEMENT ADJUSTMENT TERM (TAG) AND ITS LEGAL REGIME IN THE COURTS OF ACCOUNTS

José Roberto Pimenta Oliveira¹

Bruno Vieira da Rocha Barbirato²

- ¹ Bacharel em Administração pela União das Escolas Superiores do Pará (1991). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (1995). Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP (2003). Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP (2009). Professor Assistente-Mestre de Direito Administrativo da PUC-SP. Professor do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da PUC-SP - Núcleo Direito Administrativo. Coordenador Adjunto do Núcleo de Direito Administrativo do Programa de Estudos Pós-graduados em Direito da PUC-SP. Membro da Comissão de Incentivo, Difusão e Aprimoramento de Produção Científica do PPG-Direito-PUCSP. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Professor Pesquisador dos Grupos de Pesquisa “Contratações Públicas” e “Ponderação de Interesses no direito administrativo e contrafações administrativas” e “História das Ideias políticas”... Procurador Regional da República. Membro do Núcleo de Solução Alternativa de Conflitos (NUSAC) da PRR da 3ª Região.
- ² Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Advogado e consultor jurídico

SUMÁRIO: Introdução. 1. Aspectos relevantes quanto à atividade consensual dos Tribunais de Contas brasileiros. 2. O arcabouço jurídico dos TAG's nos Tribunais de Contas brasileiros: aspectos análogos, distintivos e controvertidos. Conclusão. Referências.

RESUMO: O exercício do controle externo pelos Tribunais de Contas, durante muito tempo, guiou-se pela perspectiva binária de controle de legalidade e regularidade dos atos administrativos e de gestão. A atividade consensual no âmbito das cortes de contas é relativamente recente, mas já vem demonstrando grandes avanços mormente no que tange ao controle concertado das políticas públicas. Dentre os principais instrumentos deste controle consensual estão os “Termos de Ajustamento de Gestão” (TAG's). Contudo, visando a preservação da racionalidade científica e metodologia do Direito Administrativo e de seu respectivo regime jurídico é muito importante que se compreenda que a consensualidade não se contrapõe aos instrumentos tradicionais do controle externo e sequer pode ser considerada uma pedra de toque ou um princípio geral do Direito Administrativo, sendo necessário para sua manifestação que esteja inserida dentro do rol de competências e prerrogativas do órgão de controle.

ABSTRACT: The exercise of external control by the Courts of Accounts, for a long time, was guided by the binary perspective of controlling the legality and regularity of administrative and management acts. The consensual activity in the scope of the courts of accounts is relatively recent, but it has already been showing great advances, especially regarding concerted control of public policies. Among the main instruments of this consensual control are the “Management Adjustment Terms” (TAGs). However, in order to preserve the scientific rationality and methodology of Administrative Law and its respective legal regime, it is very important to understand that consensuality is not opposed to the traditional instruments of external control and cannot even be considered a touchstone or a general principle of Administrative Law, being necessary for the manifestation of this public prerogative that there is an express legal provision.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunais de contas. Controle consensual. Termo de ajustamento de gestão (TAG). Princípio da legalidade. Lei de introdução às normas do Direito brasileiro (LINDB).

KEYWORDS: Courts of accounts. Consensual control. Management adjustment term (TAG). Principle of legality. Law introducing the rules of brazilian law (LINDB).

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo Sancionador Brasileiro tem assistido inúmeras e significativas alterações desde a inauguração do Estado Democrático de Direito, com a atual Constituição.³ Uma das mais relevantes está na disciplina da atividade de responsabilização e sancionamento no âmbito dos Tribunais de Contas. Como instituições essenciais na concretização do princípio republicano e de todos os demais princípios que tutelam o interesse público, a atividade sancionadora “de contas” vem sendo impactada com a progressiva expansão da “consensualidade”, mormente sob a justificativa de busca pela eficiência administrativa.

A atuação dialógica e consensual, guiada precipuamente por um viés prospectivo e preditivo, tem se revelado uma tendência adotada por diversos tribunais de contas, em todos os níveis subnacionais, no exercício instrumental de suas competências e visando sempre o cumprimento de sua função constitucional de controle externo, conforme previsto nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, um instrumento de controle consensual tem ganhado grande relevância no âmbito de atuação dos Tribunais de Contas, os denominados *Termos de Ajustamento de Gestão*, que nada mais são do que negócios jurídicos celebrados entre o órgão de controle e a entidade controlada, objetivando, por meio de ação concertada, firmar compromissos no sentido de adequação e correção de falhas detectadas na execução de determinada ação pública em sentido lato, podendo envolver desde atos, procedimentos e processos administrativos, até alcançar o nível maior das políticas públicas.

Estes termos, que avançam no sentido da atuação concertada do controle externo, decorrem essencialmente da instauração de um diálogo institucional entre órgão controlador e órgão controlado, culminando na celebração de uma espécie de acordo ou pacto de gestão entre as partes, por meio da qual o ente fiscalizado assume obrigações de adequação de comportamento, mediante o estabelecimento de metas e prazos para a concretização, correção ou regularização de determinado aspecto da gestão pública, construindo uma solução compartilhada para a resolução do problema que afeta o interesse público primário. Neste sentido, segundo Ronaldo Chadid:

3 Sobre a evolução do Direito Administrativo Sancionador no Brasil fazemos menção aos estudos de José Roberto Pimenta, Francisco Zardo e Alice Voronoff (PIMENTA; ZARDO; VORONOFF, 2020).

(...) o termo de ajustamento de gestão tem sido a forma encontrada para transacionar com o gestor, comprometendo-se este a cumprir o acordo firmado e as metas e objetivos formalmente estabelecidos, sob pena de aplicação de sanções que culminam em atos considerados de improbidade administrativa (CHADID, 2019, p. 244).

O mais interessante é que estes acordos consensuais podem ser celebrados em quaisquer uma das fases em que o controle externo é exercido – preditiva, preventiva, concomitante e posterior – o que possibilita um amplo controle da atividade administrativa, mas desta vez não focado na imperatividade ou na unilateralidade das ações e sim na construção compartilhadas de soluções que atendam e salvaguardem o interesse público primário. Portanto, dá-se relevância não somente ao controle de conformidade e ao controle operacional, mas essencialmente ao controle preditivo e preventivo, cujo objetivo fulcral é justamente evitar a produção de atos ou medidas administrativas que possam colocar em risco a efetividade, eficiência e legitimidade das ações governamentais.

A formulação dogmática dos TAG's em nosso sistema jurídico positivo foi muito influenciada pelos *Termos de Ajustamento de Conduta* – TAC's, previsto no art. 5º, §6º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e até hoje amplamente utilizados pelo Ministério Público na defesa da ordem jurídico e dos interesses difusos. A bem da verdade, a previsibilidade destes termos não surgiu conjuntamente ao advento da lei, mas somente cinco anos depois, em razão da alteração do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que acrescentou o já mencionado §6º ao art. 5º da Lei 7.347/1985 (CHADID, 2019, p. 243).

Este instrumento de controle consensual, amplamente aceito pela majoritária doutrina administrativista brasileira, é previsto em diversas normas que estruturam as competências das Cortes de Contas em nosso país, verificados em suas Leis Orgânicas, assim como em demais normas infralegais – Resoluções, Instruções Normativas, Regimentos Internos – e que demonstra esse novo viés de atuação do controle externo. No âmbito do controle externo da União, exercido pelo Tribunal de Contas da União, apesar de não haver a previsibilidade específica dos TAG's, o tema da consensualidade acaba sendo tratado de outras formas institucionais, através de outros modelos, até mais complexos, mas que fogem ao escopo deste trabalho.

Feita essa abordagem inicial do tema, e antes de passarmos para a análise pragmática do cenário normativo dos TAG's no âmbito dos

tribunais de contas brasileiros, é importante tecer alguns comentários, ainda que breves, quanto aos pressupostos e balizamentos metodológicos para o desenvolvimento da atividade consensual por parte das Cortes de Contas.

1. ASPECTOS RELEVANTES QUANTO À ATIVIDADE CONSENSUAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS

Como já mencionado, a mudança do eixo central do controle externo exercido pelos Tribunal de Contas, focado quase que exclusivamente no controle de conformidade e que, até pouco tempo, guiava tradicionalmente a atuação destes órgãos, para uma matriz de controle peditivo e prospectivo – sem que isso, de certo, importe na irrelevância ou menor importância da manutenção dos controles tradicionais - acrescentou à análise binária de *legalidade/ilegalidade* a verificação de outros critérios envolvendo a legitimidade dos atos administrativos e de gestão.

Essa atuação importou em um *agir* proativo por parte das Cortes de Contas, de modo a orientar e redirecionar a atividade administrativa em prol de melhores resultados para a gestão pública, inclusive no campo da implementação, monitoramento e avaliação de políticas públicas, concretizando-se através da utilização dos chamados *Termos de Ajustamento de Gestão (TAG)*.

Um aspecto muito relevante a se destacar é que este instrumento de controle consensual não se contrapõe aos instrumentos tradicionais de controle utilizados pelos Tribunais de Contas, mormente quando atuam na perspectiva unilateral e utilizando-se de suas prerrogativas imperativas, em sede de auditorias de conformidade e operacionais. Essa atuação unilateral do controle, inclusive no que tange à imposição de sanções e demais penalidades a gestores faltosos, continua sendo de extrema importância para o cumprimento das missões institucionais das Cortes de Contas brasileiras quando da tutela da probidade administrativa, do patrimônio público e dos princípios e regras que regem a boa gestão pública, principalmente em um país marcado por graves escândalos de corrupção em todos os níveis federativos e em todas as esferas dos Poderes constituídos.

As sanções, como afirma Márcia Pelegrini, é um importante instrumento colocado à disposição do Tribunal de Contas pelo legislador constituinte, sem o qual certamente suas funções se esvaziariam (PELEGRINI, 2019, p. 404). Contudo, a referida autora, citando as

brilhantes lições do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto (BRITTO, 2001), relembra que o conceito de *funções* e de *competências* são distintos no Direito, sendo o primeiro atinente à própria missão constitucional do órgão e o segundo referente aos poderes instrumentais que são conferidos ao órgão para que essa finalidade seja alcançada.

Neste contexto, compreendendo-se as sanções como instrumentos para a realização da função constitucional das Cortes de Contas, os termos consensuais, de igual modo, também decorreriam diretamente desse rol de múltiplas competências instrumentais atribuídas aos Tribunais de Contas para o bom desempenho da função controladora, desde que haja previsão legislativa para tanto, assunto que trataremos mais a frente.

Com esta afirmação o que pretendemos sustentar é que tanto as sanções - decorrentes da manifestação das prerrogativas imperativas do órgão de controle externo - quanto os acordos substitutivos de sanções, tido como instrumentos legítimos para inaugurar ações concertadas e dialógicas por parte dos Tribunais de Contas, são dois instrumentos ou competências, dentre tantas outras, colocadas à disposição destes órgãos para o adequado exercício da função controladora, devendo a decisão que optar por um ou por outro caminho ser sempre devidamente motivada e fundamentada em juízos racionais e utilizando de ferramentas instrumentais da dogmática jurídica que objetivam conferir a melhor interpretação possível ao Direito.

Desta forma, a possibilidade fática e os pressupostos jurídicos que justificam a celebração destes termos de ajustamento de gestão em nada se contrapõem ao regime jurídico de direito administrativo e tampouco a seus pilares estruturais, erguidos sob os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, os quais foram magistralmente construídos e desenvolvidos, em nosso país, pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 70 e ss). Estes princípios estruturantes de nosso regime jurídico administrativo servem como farol que orienta não só o exercício da função administrativa, em sua atividade de ponderação e concretização do ordenamento jurídico positivo, sempre diante do caso concreto, mas também da própria atividade legislativa, em sua atividade de ponderação e concretização, em plano abstrato, da matriz axiológica constitucional.

A solução pela consensualidade ou pela ação imperativa tradicional dos tribunais de contas não terá jamais respostas no plano abstrato, mas sempre dependerá da análise do caso concreto. As

competências, estas sim, são fixadas em plano abstrato, no exercício da atividade ponderativa do legislador. Contudo, quem dirá se, diante de determinado caso concreto, a melhor alternativa é a consensualidade ou a atuação imperativa do controle externo será sempre o Direito globalmente considerado, através da utilização de métodos dogmáticos de interpretação e compreensão do fenômeno jurídico. Veja-se que o ponto de partida não é a *vontade do agente competente* em agir ou não de forma consensual, como se houvesse um amplo campo para o exercício da discricionariedade administrativa, mas a vontade do ordenamento jurídico, que precisa ser descoberta ou construída pelo jurista e fundamentadamente expressa em sua decisão.

Nesta perspectiva dogmática, Ricardo Marcondes Martins, tratando do fenômeno da consensualidade no âmbito da Administração Pública, afirma que:

(...) a vontade do agente competente, no Direito Público, é pouco importante ou até totalmente irrelevante. Ele não defere a licença ou a indefere porque olha para o administrado e diz: “Ah, eu quero, neste caso concreto, deferir a licença. Ah, me convenci, olha que coisa”. **O Direito “exige”, se corretamente interpretado, que defira, a partir da compensação, que o próprio Direito a admite. E se o Direito exige – se não há discricionariedade –, pode ser que o agente público indefira a celebração do termo de ajustamento de conduta, e o administrado consiga impô-lo no Judiciário.** Se partimos do pressuposto de que esse termo de ajustamento, que esse consenso, não é um consenso decorrente da vontade das partes, de um mero exercício de discricionariedade, mas, sim, **algo que o Direito quer**, podemos mostrar ao juiz que o Direito quer o ajustamento de condutas, e se o administrador não o celebrar, pode ser imposto pelo Judiciário. (MARTINS, 2020, p. 18) **(grifo nosso)**

Dito isto, é óbvio que o interesse público, considerado como esse *dever de exigir* do Direito, não é uma categoria contraposta ao interesse privado, mas sim o interesse tutelado pela matriz axiológica constitucional, representativo do interesse da sociedade globalmente considerada, e não como mera coletividade. E isto está longe de ser novidade, uma vez que o próprio professor Celso Antônio Bandeira de Mello, grade idealizador, defensor e propagador da supremacia do interesse público sobre o privado, sempre afirmou, com extrema lucidez, que o interesse público por ele tratado representaria a *dimensão pública dos interesses individuais* (BANDEIRA DE MELLO, 2019, p. 55-56).

O fato é que os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público se voltam precipuamente para o exercício da função administrativa, a qual, por sua vez, deve observar os instrumentos (prerrogativas) que a legislação disponibiliza para o atendimento do interesse público primário, ou seja, para que o agente público possa se desincumbir de suas obrigações legais (sujeições). Neste prisma de atuação, na defesa do interesse público, a função administrativa não se exerce somente através de ações unilaterais e imperativas, mas também mediante ações bilaterais e consensuais, sempre com estrita observância ao regime jurídico das competências atribuídas e considerando as circunstâncias fáticas do caso concreto. É preciso se compreender que o Direito não se aplica somente por subsunção, mas também mediante a ponderação, sendo da essência dos valores jurídicos, dentre outras características, serem imbricativos, ou seja, estarem permanentemente em conflito, e serem sempre relativos, o que significa que na maioria dos casos, para solucionar conflitos entre esses valores, haverá a necessidade de sopesá-los (MARTINS, 2010, p.35-38).

Não há a prevalência absoluta ou sequer relativa, em plano abstrato, da lógica da autoridade sobre a lógica do consenso, o que há de fato é a coexistência de duas competências normativas que podem ser instrumentalizadas para alcançar, da melhor forma possível, os bens e valores salvaguardados pela Constituição Federal. Neste sentido, Gustavo Justino de Oliveira afirma que:

Tradicionalmente orientado pela lógica da autoridade, imposição e unilateralidade, o direito administrativo contemporâneo passa a ser permeado e combinado com a lógica do consenso, da negociação e da multilateralidade. O modelo burocrático – baseado na hierarquia e racionalização legal das competências – passa a coexistir com outros modelos que prestigiam de modo mais acentuado a eficiência e resultados (gerencialismo) e também a democraticidade e legitimidade das relações jurídico-administrativas (nova governança pública e Administração Pública paritária. (OLIVEIRA, 2017, p. 523)

Dessa forma, o juízo ponderativo do órgão de controle no sentido de adotar a via de ação unilateral, orientada pela perspectiva conformadora, ou o caminho da ação bilateral, alinhada por um viés consensual, deverá sempre ser motivado na melhor forma possível de concretização do interesse público primário, com fundamento nos princípios da legalidade, da boa administração e na proporcionalidade da medida escolhida. Veja-se, portanto, que na maioria dos casos não há propriamente discricionariedade, mas verdadeira vinculação da autoridade administrativa.

A questão, portanto, não está centrada na possibilidade ou não do Poder Público abrir mão de seu poder punitivo, mas sim em se descobrir, em uma típica atividade hermenêutica de revelação, qual a melhor solução exigida pelo Direito (ação unilateral ou ação consensual), guiado por pressupostos racionais de compreensão do fenômeno jurídico. Portanto, os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público não configuram barreiras intransponíveis para a ação consensual dos Tribunais de Contas, mas, ao contrário, constituem fundamento fulcral para as decisões que optarem por tal caminho, construído através de um processo decisório racional e legítimo.

Dito isto, é importante que se fique claro, desde já, que não compartilhamos da visão de que a consensualidade seja uma *pedra de toque* para o exercício da função administrativa ou sequer um *princípio estruturante* do Direito Administrativo, mas sim uma de tantas outras competências ou prerrogativas das quais dispõe o Poder Público para o exercício da função pública, atrelada, inexoravelmente, ao regime das sujeições.

2. O ARCABUÇO JURÍDICO DOS TAG'S NOS TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS: ASPECTOS ANÁLOGOS, DISTINTIVOS E CONTROVERTIDOS

Superadas estas linhas introdutórias e estabelecidas as premissas básicas que conduzirão os argumentos jurídicos a seguir delineados, é importante analisar quais os avanços que o legislador promoveu no ordenamento jurídico positivo no sentido de instrumentalizar os tribunais de contas desta importante ferramenta consensual, visando o cumprimento de suas missões constitucionais.

Em uma perspectiva geral, a matriz constitucional destes instrumentos consensuais de ajustamento de condutas antijurídicas praticadas por gestores públicos pode ser extraída da competência arrolada no inciso IX do art. 71 da Constituição Federal.⁴ Tal norma agrega, à competência fiscalizatória e sancionatória dos tribunais de contas, também a competência orientadora e pedagógica, no sentido de indicar falhas ou possíveis ilegitimidades detectadas em atos administrativos ou de gestão, possibilitando a correção tempestiva por parte do órgão fiscalizado.

4 Art. 71 (...) IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade.

Embora essa atuação possa se dar de forma unilateral e imperativa – como muitas das vezes se dá, principalmente quando os tribunais de contas se utilizam de seu poder geral de cautela – ela também pode ser construída sobre o prisma bilateral e dialógico, através da celebração de negócios jurídicos consensuais no âmbito do controle externo. Ora, não faria qualquer sentido não autorizar a quem cabe mais (assinar prazo de forma unilateral) que se atue de forma mais branda (construir bilateralmente prazos e condições para a correção das falhas), sempre visando a melhor medida que concretize o interesse público primário.

Juntamente a esta competência constitucional, no ano de 2018, a Lei Federal nº 13.655 (Lei de introdução às normas do direito brasileiro – LINDB) acrescentou um permissivo geral disposto no art.26, porém de eficácia limitada, para regulamentar a ação consensual de todas as autoridades administrativas, na qual se incluem por óbvio os tribunais de contas, a saber:

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 a 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. **(grifo nosso)**

Ressalta-se que quando se fala em permissivo geral (autorização genérica) o que se pretende inferir desta afirmação e que este dispositivo legal legitima qualquer autoridade administrativa, no exercício de sua função pública, a atuar de forma consensual e concertada, *desde que haja permissivo específico (autorização específica) para tanto*. E não é qualquer autorização específica, mas aquela proveniente de lei geral e abstrata, aprovada pelo Parlamento competente.

Essa interpretação - praticamente literal - é extraída das palavras e expressões constantes expressamente na própria regra legal, mormente quando se diz “*observada a legislação aplicável*”, proposição que está situada na parte final do artigo e separada por vírgulas, o que sintaticamente representa uma ênfase que está sendo dada a todas as proposições anteriormente formuladas no texto normativo. Em outras palavras, todo o permissivo genérico que está sendo dado anteriormente – “*a autoridade administrativa poderá (...) celebrar compromisso com os interessados*”

– está condicionado ou é consequente da previsão anterior, que funciona como antecedente. A observância da legislação aplicável (antecedente) é condição necessária para a celebração do acordo (consequente).

Esta conclusão, contudo, é bastante polêmica no âmbito doutrinário e suscita muitas divergências. Juliana Bonacorsi de Palma e Sérgio Guerra, por exemplo, trilhando pensamento diametralmente oposto ao ora firmado, chegam a afirmar que o art. 26 da LINDB representaria um verdadeiro “*permissivo genérico*” (PALMA; GUERRA, 2018) para a atuação da administração pública por meio da celebração de acordos.

Esse mesmo entendimento também é compartilhado por outros autores, os quais partindo de uma aceção negativa do princípio da legalidade, sustentam que, diante da autorização genérica conferida pelo art. 26, a ausência de norma expressa em sentido contrário permitiria a atuação da autoridade administrativa por meio da celebração de acordos (BORDIN, 2020; BARROS E SILVA, 2019).

Destacados os marcos teóricos pelos quais irá se guiar o presente artigo, e compreendidas estas primeiras fontes normativas que legitimam a atuação consensual por parte das Cortes de Contas, deve-se partir para a análise do arcabouço normativo dos TAG’s em nosso ordenamento jurídico, abordando tanto as previsões e regulamentações feitas em âmbito legal quanto as feitas no plano infralegal, destacando-se alguns pontos que, ao ver deste trabalho, merecem maior ênfase.

Um aspecto comum verificado em todas as previsões normativas constantes nas legislações dos tribunais de contas brasileiros, e que é da própria essência desses compromissos consensuais, é que a celebração do TAG suspende a aplicação de sanções e/ou penalidades relativas àquela situação, em concreto, que está sendo objeto do compromisso de gestão⁵. E não poderia ser diferente, considerando que o TAG instaura a via consensual no âmbito da atividade de controle externo, gerando compromissos futuros, em curto, médio e longo prazos, de correção da falha detectada. Não haveria sentido instaurar-se a via consensual e se manter as penalidades ou sanções decorrentes da detecção de determinada irregularidade. A ideia é justamente gerar estímulos ou incentivos para a regularização da situação que compromete ou pode vir a comprometer determinado aspecto da gestão pública.

5 Isso pode ser visto, por exemplo, no art. 106-A, §3º da Lei Orgânica do TCE/AC; art. 42-A, §3º da Lei Orgânica do TCE/AM; art. 13, III, da Instrução Normativa n. 19/2019; art. 3º da Lei Complementar nº. 88/2015 do TCE/AP; art. 6º da Resolução 246/2017 do TCE/RO.

Outros dois aspectos que se repetem em vários regulamentos de TAG's, como condições para a celebração do termo de compromisso, são os atinentes à vedação de efeitos retroativos no caso de desfazimento de atos ampliativos de direito, salvo comprovada a má-fé,⁶ e à necessidade de reconhecimento da falha por parte do gestor responsável, com a renúncia expressa do direito de rediscussão da matéria em âmbito administrativo.⁷

Ambas as condicionantes para a celebração de TAG's são bastante oportunas e guardam total coerência com o objetivo do instrumento consensual. A primeira trata da regra geral de vedação de efeitos reatroativos (*ex tunc*) para atos administrativos que ampliem direitos subjetivos de terceiros atingidos, desde que exarados de boa-fé por parte do gestor público, ou seja, sem a intenção de transgredir a ordem pública, ainda que incida em culpa, e recepcionados de boa-fé pelos destinatários. Nestes casos, seriam preservados os efeitos produzidos pelo ato administrativo ampliativo de direito, com uma acertada distinção dogmática dos planos da eficácia e da validade do ato jurídico.

Quanto à segunda distinção é importante que se deixe claro que o reconhecimento da falha pelo gestor não é *condição* ou *requisito* para a celebração do TAG, mas sim consequência desta celebração. Não se exige que o gestor reconheça a irregularidade como pré-requisito para a celebração do TAG, mas após assinado e homologado pelo tribunal de contas, uma das consequências inevitáveis é o reconhecimento da falha que ensejou as discussões preliminares acerca do acordo.

Neste ponto, a regulamentação dos TAG's caminha em sentido muito similar às demais normas que tratam, no âmbito do exercício do poder punitivo estatal, dos acordos substitutivos ou integrativos de sanções, como é o caso das 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), da Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) e Lei 12.529/2011 (Lei do CADE), que não exigem o reconhecimento do ilícito como condição para a celebração dos acordos consensuais previstos em seus estatutos jurídicos, mas que o colocam como condição de sua celebração, inclusive com o objetivo de colaborar com a instrução processual visando dismantelar a conduta antijurídica investigada.

6 É o que se encontra disposto no art. 42-A, §5º3º da Lei Orgânica do TCE/AM; art. 106-A da Lei Orgânica do TCE/AC; art. 44 da Resolução n. 172/2017 do TCE/AP e art. 8º da Resolução 246/2017 do TCE/RO.

7 Previsão que se encontra presente no art. 152, §2º do Regimento Interno do TCM/PA; art. 127, §2º do Regimento Interno do TCE/SE; art. 9º da Resolução n. 296/2018; art. 9º da Resolução n. 10/2016.

Há, contudo, algo que não foi esclarecido em nenhuma das normas jurídicas que tratam dos TAG's no âmbito dos tribunais de contas brasileiros, relacionado ao que aconteceria com relação a estas informações ou documentos que foram encaminhados pelo gestor, no momento preliminar que envolve as discussões sobre a celebração do acordo, diante de uma negativa do tribunal de contas em celebrar o ajuste. No âmbito da legislação anticorrupção, antitruste e de combate às organizações criminosas, existem expressas disposições legais indicando que a não adoção da via consensual, em razão da rejeição da proposta de acordo por parte do órgão competente, não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado, havendo inclusive a impossibilidade de divulgação dessas informações.⁸ No âmbito das cortes de contas, todavia, não se verificou nenhuma norma regulamentar que trate expressamente do assunto, seja em âmbito legal ou infralegal.

Neste prisma, a despeito de não haver disposição normativa tratando das consequências da rejeição do acordo por parte dos tribunais de contas, no que se refere às provas e informações passadas pelo gestor público ou pelo ente fiscalizado, entende-se que esses materiais, em razão da própria lógica que guia as ações consensuais, fulcradas nos princípios da boa-fé, da lealdade processual e da confiança legítima, não podem ser utilizados pelo controle externo para fins sancionatórios, sob pena de gerar desestímulos a iniciativas de órgãos ou agentes fiscalizados em buscar as cortes de contas para relatar problemas ou falhas detectadas em atos, procedimentos ou processos que envolvam a gestão pública, visando a construção conjunta de alternativas que salvaguardem o interesse público.

Nesse exato sentido, Newton Antônio Pinto Bordin, aponta que quando a Administração Pública, por iniciativa própria, traga ao controle externo uma notícia de uma determinada irregularidade em curso ou de possível ocorrência, objetivando a abertura de um processo para a solução consensual de controvérsias, “caso se entenda que essa comunicação de irregularidades ao Tribunal de Contas deva sempre ensejar a aplicação de sanções (...) haveria uma restrição ao viés propiciador do consenso”. (BORDIN, 2020, p. 395).

Outra dúvida que surge, ainda neste ponto, é se estes elementos probatórios poderiam ser utilizados pelo tribunal de contas não para fins de aplicação de sanção, em um primeiro momento, mas sim para instaurar um processo de tomada de contas especial, visando averiguar de forma

8 Lei 12.846/2013 (art. 16, §7º), Lei 12.850/2013 (art. 3º-B, §6º) e Lei 12.529/2011 (art. 86, §10).

mais detida as falhas ou irregularidades apontadas. Neste aspecto, ainda que vigore na corte de contas o princípio da verdade material, defendemos que não, nos moldes análogos como tratam as demais normas que regulam o exercício do poder punitivo estatal e as ações concertadas instauradas através dos acordos substitutivos ou integrativos de sanções. Não há qualquer coerência e racionalidade, do ponto de vista da harmonia do sistema jurídico e principalmente da unicidade do microsistema punitivo estatal, em se guardar sigilo das provas obtidas no bojo de inquéritos civis e penais, quando da rejeição das propostas de acordos de leniência e de colaborações premiadas, e não se fazer o mesmo em relação aos processos administrativos que tramitam no âmbito dos tribunais de contas.

No que se refere às vedações para a celebração dos termos de ajustamento de gestão há pelo menos três aspectos que se repetem em quase todas as normas regulamentares: (i) *impossibilidade de celebração em caso de renúncia de receita*; (ii) *impossibilidade de celebração em caso de decisão irreversível exarada pela corte de contas* e (iii) *impossibilidade de celebração em caso de descumprimento de percentuais mínimos de investimento em educação e saúde*.

Quanto à primeira hipótese, a condicionante segue a vedação estabelecida na pelo art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)⁹, que limita a ação do gestor público na concessão de incentivos de natureza tributária, como no caso de anistia, remissão de subsídio, isenção de crédito tributário e alteração na alíquota ou modificação na base de cálculo que gere redução de taxas e contribuições. A última vedação tem por fundamento os artigos 198 e 212 da Constituição Federal, os quais determinam a destinação de percentuais mínimos da receita nas áreas da saúde e educação. Na educação, o mínimo é de 18% para a União, 25% para os estados e 25% para os municípios. Na saúde, os limites vinculantes são de 15% (União), 12% (estados) e 15% (municípios).

A segunda vedação é, a nosso ver, a mais questionável. Da leitura fria da proposição normativa, em um primeiro momento, pode parecer que esta proibição é decorrência lógica do esgotamento das vias recursais no âmbito das cortes de contas, o que impossibilitaria a rediscussão da matéria no âmbito administrativo. Ocorre que, independentemente de haver *trânsito em julgado administrativo*, nada impede que se instaure, em

⁹ Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições (...).

outro processo administrativo, a via consensual com o objetivo construir soluções compartilhadas para determinado problema verificado na gestão, desde que este se revele, em um juízo de proporcionalidade, o melhor caminho a ser adotado para a consecução do interesse público.

Assim, por exemplo, o fato de ter sido exarada decisão irrecorrível por parte do tribunal de contas, no bojo de um processo de tomada de contas aberto para apuração de problemas envolvendo a regularização do aterro sanitário em determinado Município, concluindo-se pela irregularidade da situação verificada, não impede que, em havendo consenso entre as partes e em se verificando que a solução consensual pode ser a melhor alternativa para a resolução efetiva do problema ao invés da mera aplicação de sanção, se formalize um TAG traçando os objetivos de curto, médio e longo prazos. Portanto, entendemos que apesar desta previsão constar em quase todos os regulamentos que tratam destes acordos no âmbito das cortes de contas não há razoabilidade e proporcionalidade nesta proibição.

Outro ponto interessante a destacar é que, apesar de haver vedação expressa da celebração de TAG nos casos de dolo, má-fe ou de comprovado desvio de recursos públicos, em todas as normas regulamentares, não há proibição da instauração do compromisso consensual ainda que haja comprovação de dano ao erário, desde que o acordo não resulte em redução do débito (alcance) apurado, o que é bastante salutar, considerando que o dano ao erário não decorre necessariamente de conduta dolosa do gestor público, mas pode ter se originado de mera culpa.

Eis aqui outro ponto bastante polêmico e divergente nas normas disciplinares dos TAG's no âmbito das cortes de contas brasileiras, referente à apuração da conduta como caracterizadora, ou não, de ato de improbidade administrativa.

Neste ponto, há profundas divergências das cortes de contas em suas normas disciplinares. Algumas dispõem que a celebração de TAG's só não poderá ocorrer nos casos de configuração de *ato doloso de improbidade administrativa*¹⁰, enquanto outras ampliam em larga medida essa restrição, vedando a celebração dos termos consensuais a casos em que houver *meros indícios de improbidade administrativa*, abrangendo inclusive a conduta culposa.¹¹

10 É o caso dos Tribunais de Contas dos Estados do Acre, Rondônia, Mato Grosso, Ceará, Rio Grande do Norte, Sergipe e no Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará.

11 Situação que se verifica nos Tribunais de Contas dos Estados do Amazonas, Tocantins, Amapá, Maranhão, Piauí, Pernambuco, Mato Grosso do Sul, Goiás e Paraná.

Isso, certamente, representa um sério problema quanto à observância dos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da impessoalidade, no que tange à possibilidade ou não da celebração desses compromissos de gestão. Primeiro, porque a análise da conduta como caracterizadora de ato de improbidade administrativa, por si só, já foge da competência dos tribunais de contas, sendo seu reconhecimento de competência exclusiva do Poder Judiciário, em ação específica proposta para tal fim, nos termos da Lei nº 8.429/1992 (Lei Geral de Improbidade Administrativa) e Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Segundo que, ao restringir a possibilidade de celebração de TAG aos casos em que haja *meros indícios de improbidade administrativa*, as normas regulamentares criam uma zona de incerteza, obscuridade e vagueza extremamente preocupante, dando ensejos para decisões dotadas de elevado grau de subjetividade e que, na verdade, podem pretender camuflar voluntarismos da autoridade competente, no sentido de decidir arbitrariamente pela adoção ou não a via consensual, com grave ofensa aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da impessoalidade. Por fim, a abrangência da conduta ímproba *culposa* (ex vi., artigo 10 da LGIA) também merece maior reflexão. Estas limitações são preocupantes, considerando que se pode vedar a celebração de TAG's com base na aplicação de legislação que não trata propriamente da atividade de contas.

No âmbito dos Tribunais de Contas do Estado de Pernambuco e do Mato Grosso do Sul também há uma outra vedação minimamente questionável do ponto de vista da razoabilidade. É o que se encontra disposto no art. 4º, VIII, da Resolução n. 02/2015 do TCE/PE e nos arts. 25-A, §2º da Lei Orgânica do TCE/MS e 3º da Resolução nº. 81-TCE/MS.

Esses dispositivos vedam a celebração de TAG's no âmbito das prestações de contas anual ou contas de governo. A nosso ver, não há razões, do ponto de vista fático ou jurídico, consideradas em plano abstrato e desconsiderando as peculiaridades do caso concreto, que justifiquem essa limitação, uma vez que a opção por esta via consensual tem por finalidade precípua promover correções, adequações e ajustes em determinada prática de gestão que se encontra em desconformidade com o Direito e não propriamente se ater a aspectos formais referentes à natureza do processo ou procedimento onde a problemática está sendo discutida. Ademais, é no bojo das prestações de contas anuais que os maiores problemas se verificam, o que acabaria por enfraquecer a natureza pragmática do instrumento.

Alguns outros dispositivos específicos versando sobre o TAG, e que somente são vistos em algumas normas regulamentares, também merecem destaque. No âmbito dos Tribunais de Contas do Estado de

Tocantins, de Mato Grosso do Sul, do Amapá, do Paraná e no Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás há uma limitação para celebração de TAG no período que antecede os 180 (cento e oitenta) dias do término do mandato do gestor, aproximando-se muito da norma prevista no art. 21 da LRF. A finalidade da norma, a nosso ver, é basicamente a mesma: evitar que o gestor assuma compromissos futuros próximo ao término de seu mandato, transferindo a responsabilidade pelo adimplemento do termo a outro gestor que eventualmente venha lhe suceder.

Acreditamos que, neste aspecto, caminhou bem o agente normativo ao estabelecer esta previsão legal. Isso porque, se assim não fosse, poder-se-ia abrir margem para eventuais manobras ilegítimas por parte de gestores mal-intencionados, no sentido de buscar a celebração de TAG's visando exclusivamente evadir-se da aplicação de penalidades ou sanções por parte do órgão de controle, ao invés de propriamente buscar a resolução do problema que compromete a gestão.

Outro dispositivo merecedor de destaque, e que só foi possível identificar nas normas disciplinadoras do TAG no âmbito do TCM/PA e do TCE/GO, diz respeito às audiências prévias de conciliação, que antecedem a celebração do compromisso consensual. Essas audiências objetivam estreitar o diálogo entre o órgão de controle e o órgão controlado, apontando e analisando as dificuldades práticas, obstáculos concretos e demais elementos condicionantes, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, que precisam ser ponderados na busca de uma maior eficiência e efetividade da ação planejada. Essa previsão pode ser vista no art. 149 a 152 do Regimento Interno do TCM/PA e no art. art. 12, §1º da Resolução Normativa n. 006/2012 do TCE/GO, com as alterações posteriores da Resolução n. 007/2016.

Tal previsão, sem dúvida nenhuma, além de trazer mais segurança jurídica ao termo de compromisso, confere mais eficiência e efetividade no cumprimento das metas, prazos e objetivos traçados, pois o ato formal de assinatura do TAG representa uma mera consolidação de propostas construídas de forma dialógica pelos dois órgãos, onde são levadas em consideração as peculiaridades fáticas de cada caso e a realidade do órgão fiscalizado, podendo haver a participação, inclusive, de outros atores da sociedade nesse diálogo prévio, com o fornecimento de estudos e informações relevantes para a definição da melhor medida para a concretização do interesse público primário.

Em sentido contrário a esta otimização do princípio da segurança jurídica, a nosso ver, caminham dois dispositivos encontrados no art. 238-H

do Regimento Interno do TCE/MT e no art. 17 da Instrução Normativa n. 08/2019 do TCM/GO. Nos dois casos, os textos normativos apontam que o descumprimento do TAG configuraria irregularidade gravíssima ensejadora da emissão de parecer prévio ou julgamento contrário à aprovação das contas.

A problemática destes dispositivos legais está na fixação peremptória, em plano abstrato, da configuração de irregularidade insanável decorrente de descumprimento do termo de compromisso, independentemente da análise do caso concreto. Da ocorrência desse fato, segundo a dicção das supracitadas normas, haveria uma presunção absoluta no sentido da reprobabilidade das contas, decorrente de um juízo absoluto de imputação, exclusivamente obtido através do método da subsunção. Ambos os dispositivos se utilizam do verbo ensejar no tempo verbal do futuro perfeito (*o descumprimento “ensejará” o julgamento pela irregularidade*), o que aponta para um juízo autômato, como se a relação fosse de mera causalidade, com a completa desconsideração das particularidades do caso concreto e da sempre necessidade de ponderação e sopesamento dos bens e valores jurídicos eventualmente em conflito. Juízos e presunções absolutas formulados no plano deôntico são sempre muito perigosos e podem levar para decisões desproporcionais e que conflitam com os valores que orientam a matriz normativa constitucional.

A análise do caso concreto, por exemplo, pode revelar que o descumprimento do TAG se deu de forma parcial e que não houve comprometimento do núcleo essencial do objeto pactuado, ou seja, que de fato houve uma melhora efetiva em determinada área da gestão pública que apresentava comprometimentos, ainda que essa correção não tenha se dado de forma integral ou seguindo rigorosamente os termos consignados no acordo.

Não há como se desconsiderar as ações corretivas e saneadoras promovidas pelo gestor, desde que, por óbvio, esse descumprimento não tenha prejudicado a própria finalidade e o núcleo essencial do compromisso firmado. Se o gestor se comprometeu a construir, por exemplo, um aterro sanitário no âmbito municipal, objetivando dar uma solução definitiva para o problema dos chamados “lixões urbanos”, e no período de vigência do TAG conseguiu cumprir diversas etapas necessárias para tal fim (apresentação de estudo de pacto ambiental, escolha do terreno, obtenção de licenças, destinação provisória dos resíduos sólidos), mas não conseguiu concluir neste prazo as etapas referentes à impermeabilização do solo, o sistema de drenagem ou outras exigências dispostas nas normas técnicas

da ABNT (10.004/2004, 13.896/1997, 8.419/1992) e na Resolução nº. 404/2008 do CONAMA, não se pode simplesmente desconsiderar todas as ações promovidas pelo gestor, com aplicação de severas sanções ao responsável, como é o caso da desaprovação automática de sua prestação de contas, retornando a uma visão binária da função de controle (legalidade/ilegalidade), de ordem meramente conformativa e que se mostra antagônica à via consensual.

O que importa é analisar se houve o comprometimento do núcleo essencial do ajuste ou se de sua execução proveitos e benefícios à população possam ser verificados, ainda que parciais, mediante um juízo de proporcionalidade. Olvidar destes aspectos é desconsiderar o método da ponderação como importante ferramenta hermenêutica que visa elucidar conflitos entre bens e valores jurídicos fundamentais, sempre na busca da alternativa que melhor concretize o interesse público primário.

Nesse aspecto, inclusive, há que se destacar, com todos os méritos, a vanguarda com que o TCE/CE tratou da disciplina dos TAG's, em sua Lei Orgânica. O art. 41-A, §§1º e 2º, da Lei Complementar n. 12.509/1995, com as alterações promovidas pela Lei nº 17.209/2020, valorizam a análise do caso concreto e a aplicação do método da ponderação na celebração dos termos de compromissos de gestão. O §1º aponta que a regularização de aspectos referentes à execução dos termos consignados no TAG deve ocorrer de modo *proporcional e equânime*, sem prejuízo dos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos – no que inclui, os gestores – ônus ou perdas que sejam anormais ou excessivos. Já o §2º, na linha do que dispõe o art. 22 da LINDB, aponta que para a adoção da via consensual e definição dos termos do acordo deverão ser consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Quanto à previsibilidade normativa deste instrumento em âmbito nacional, somente 12 (doze) tribunais de contas brasileiros não trazem essa possibilidade de atuação consensual das cortes de contas, quais sejam: TCE/PA, TCE/RR (Norte); TCE/PB, TCE/AL, TCE/BA (Nordeste); TCE/DF (Centro-oeste); TCE/RJ, TCM/RJ, TCE/SP, TCM/SP (Sudeste); TCE/SC e TCE/RS (sul).

No caso do Estados do Pará e da Bahia, apesar de não haver previsão normativa nas leis orgânicas ou nos regimentos internos das cortes de contas estaduais, há previsão do TAG no âmbito dos respectivos tribunais de contas dos municípios. No Tribunal de Contas dos Municípios

do Estado do Pará (TCM/PA), o TAG está regulamentado nos arts. 147 a 158 do seu regimento interno (Ato nº 16/2017-TCM-PA). Já no caso do Estado da Bahia, o TAG encontra previsão legal no art. 332 do regimento interno do TCM/BA (Resolução n. 1394/2014). Neste último caso, diferentemente do que se vê no TCM/PA – em que há ampla regulamentação do TAG –, o regimento interno do TCM/BA limita-se a prever o instrumento consensual de gestão, mas não traça nenhum aspecto de sua regulamentação.

Outro aspecto curioso no caso do Estado da Bahia é que, apesar de não haver regulamentação do TAG, foi possível encontrar, em pesquisa à internet,¹² a celebração de termo de ajustamento de gestão firmado entre o Ministério Público de Contas do TCM/BA e o Município de Piritiba, utilizando-se por analogia da previsão constante no art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública, que versa sobre o permissivo legal para a celebração de *Termo de Ajustamento de Conduta*.

Este fato acaba nos rememorando o que já vem ocorrendo, há alguns anos, no âmbito do Poder Executivo federal, no que se refere à competência para a celebração de acordos de leniência no contexto da Lei Federal nº. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que nos termos do art. 16, §10º é atribuída exclusivamente à Controladoria-Geral da União – CGU, mas que vem sendo desconsiderado pelo Ministério Público Federal, que vem frequentemente celebrando acordos de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção, com fundamento em um regulamento interno do órgão (Orientação nº. 10/2020), norma infralegal que estabelece os princípios e regras que devem nortear as ações do MPF durante a negociação e aprovação dos acordos, bem como as cláusulas obrigatórias e os direitos e obrigações das pessoas físicas e jurídicas que celebram acordos.¹³

Quanto à disciplina normativa do TAG, no âmbito do TCM/PA, também é interessante destacar que os dispositivos que fazem referência ao instrumento têm natureza infralegal, previstos no regimento interno da corte de contas, não havendo qualquer menção da possibilidade de

12 Disponível em: <http://mpc.ba.gov.br/m/termo-de-ajustamento-de-gestao-piritiba/>. Acesso em: 15/11/2020.

13 Ainda no ano de 2017, uma decisão da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sediado em Porto Alegre (RS), entendeu que o MPF não teria competência para fazer acordos de leniência envolvendo atos de improbidade administrativa, sejam os regulados pela Lei nº 8.492/1992 ou sejam os regulados pela Lei 12.846/2013. Para os integrantes do colegiado, só a Controladoria-Geral da União (CGU) poderia falar em nome da União para fazer acordos, uma vez que o Ministério Público não tem legitimidade para dispor de patrimônio público (TRF-4 - AG: 50239726620174040000 5023972-66.2017.4.04.0000, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 22/08/2017, TERCEIRA TURMA).

celebração deste ajuste consensual na lei orgânica do órgão. Tal situação, de certa forma, pode gerar questionamentos quanto à possibilidade de diploma normativo, de estatura infralegal, poder prever tal tipo de acordo, diante do disposto no art. 26 da LINDB, que autoriza a autoridade administrativa a celebrar compromissos consensuais, porém desde que “*observada a legislação aplicável*”.

Essa situação, relativa à ausência de previsão do TAG em lei específica, com sua previsão sendo feita exclusivamente em norma infralegais, também se verifica no TCE/TO (IN 1/2019), TCE/MA (RES. 296/2018), TCE/PI (RES. 10/2016), TCM/GO (IN 004/2018 e IN 08/2019) e TCE/GO (RES 022/2008).

Essa discussão, como já dito anteriormente, levanta bastante polêmica na doutrina. Contudo, o posicionamento sobremaneira majoritário se inclina no sentido da desnecessidade de previsão legal deste instrumento para legitimar a atuação consensual dos tribunais de contas, com fundamento no art. 26 da LINDB e, do ponto de vista dogmático, na acepção negativa do princípio da legalidade.

Há, ainda, um aspecto interessante no que diz respeito ao momento oportuno para a proposta do TAG. Alguns tribunais, como é o caso do TCM/PA, só autorizam a sua celebração em sede incidental, ou seja, no curso de determinado processo já instaurado, seja processo de contas seja processo de inspeção.¹⁴ Em outras cortes de contas, como no caso do TCE/PR, os TAG's podem ser celebrados tanto em caráter incidental quanto não incidental.¹⁵

Quanto a este aspecto, nos parece muito mais adequada a previsão normativa que possibilite a instauração da via consensual tanto na via incidental quanto na via ordinária, uma vez que, além de possibilitar uma atuação prospectiva e preditiva das cortes de contas, também confere maior flexibilidade nas tratativas prévias entre o órgão de controle e do órgão controlado, mormente na definição do momento mais viável para a realização desta ação de gestão concertada.

Nesse sentido, avança o regulamento do TCE/MS ao prever, no art. 25-A, §1º da Resolução n. 81/2018, que o TAG pode ser proposto inclusive

14 Art. 148. O TAG será firmado incidentalmente em qualquer momento da instrução processual.

15 Art. 6º. O Ministério Público de Contas, as Inspetorias de Controle Externo, as Coordenadorias e as Comissões de Auditoria, bem como os gestores públicos, podem pleitear, incidental ou autonomamente, a celebração de Termo de Ajustamento de Gestão

antes de qualquer decisão sobre as irregularidades apuradas na instrução dos processos e procedimentos de controle externo, possibilitando não somente um “*ajustamento de gestão*”, quando detectada propriamente uma falha, mas um “*compromisso de gestão*”, referente a uma situação que, apesar de ainda não representar uma falha, pode ser melhor adaptada e adequada para maior eficiência, eficácia e efetividade de determinada ação de gestão. O grande mérito desta previsão é possibilitar e valorizar o controle preditivo e prospectivo das cortes de contas, principalmente no campo das políticas públicas que, sem dúvida nenhuma, revela-se como a tendência mais moderna do controle externo.

CONCLUSÃO

O fato é que, nesse amplo regime jurídico regulatório dos TAG’s no Brasil, os tribunais de contas dos estados e municípios já avançaram muito quanto ao tema, com interessantes normas disciplinadoras desse importante instrumento de atuação consensual das cortes de contas, diferentemente do Tribunal de Contas da União que não dispõe especificamente acerca dos termos de ajustamento de gestão, mas que acaba tratando do tema da consensualidade através de outros modelos, até mais complexos e que fogem do escopo deste trabalho.

Dos 26 Estados, mais o Distrito Federal, somente 10 Estados não possuem previsão normativa deste importante instrumento consensual de exercício do controle externo. Neste ponto, o que chama atenção é que os dois maiores Estados da federação – São Paulo e Rio de Janeiro – não possuem previsão deste instrumento de controle consensual em seus respectivos tribunais de contas, tanto em âmbito municipal quanto na esfera estadual. O Distrito Federal, assim como o TCE/SC e o TCE/RS também não possuem essa previsão.

Em relação aos Estados da Federação que possuem a previsão do TAG, em 5 tribunais de contas (TCM/PA, TCE/TO, TCE/MA, TCE/PI e TCE/GO) a regulamentação deste instrumento é feita através de norma infralegal, com previsão em resoluções e instruções normativas, o que suscita discussões acerca da constitucionalidade de tais disposições.

O fato é que muito ainda se há a avançar e aprimorar, principalmente com a avaliação pragmática e a análise empírica quanto ao sucesso ou insucesso desses termos de compromisso de gestão firmados pelos diversos tribunais de contas brasileiros. Não se pretende sustentar – muito pelo

contrário – a existência de um *princípio da consensualidade* no âmbito da Administração Pública, a balizar estruturalmente o exercício da função administrativa e servir de limite para o exercício do *ius puniendi* estatal. Contudo, não se pode desprezar os benefícios, em determinados casos, da ação consensual, mormente quando se trata do controle de políticas públicas, que exigem medidas estruturantes e planejadas de curto, médio e longo prazos.

É preciso, também, que se deixe claro que a admissão do exercício consensual no marco das atribuições constitucionais dos Tribunais de Contas está submetida ao regime jurídico-administrativo, e exigirá, para além da vislumbrada eficiência, a submissão aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, proporcionalidade, razoabilidade, motivação, isonomia, e devido processo legal, dentre outros, todos com enraizamento na Lei Fundamental.

Além disto, a atividade consensual das cortes de contas terá necessariamente que ser harmonizada com a consensualidade prevista e utilizada em outros sistemas de responsabilização, integrantes do microssistema sancionador estatal, que podem ser movimentados em face dos mesmos fatos objeto do TAG, como Termos de Ajustamento de Conduta (Lei nº 7.347/1985), Acordos de Não Persecução Cível (LGIA), e, quando houver previsão, Termos de Ajustamento Disciplinar.

O maior desafio é se construir uma política de consensualidade, no âmbito dos Tribunais de Contas, que produza, ao mesmo tempo, prevenção e dissuasão (caráter dissuasório do controle) para evitar novas irregularidades na atuação dos seus jurisdicionados, ao mesmo tempo em que o consenso também seja manuseado sem perder de vista a função primacial que a existência e aplicação das potestades sancionadoras cumprem no contexto da tutela da regularidade formal e material das contas (caráter retributivo do controle). Cabe ao Direito Administrativo Sancionador aprofundar este estudo, e contribuir para o fortalecimento do marco constitucional e legal pertinente no exercício das atribuições conferidas às Cortes de Contas.

REFERÊNCIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 34ª ed., São Paulo: Malheiros, 2019, p. 70 e ss.

BARROS E SILVA, Victor Carvalho Pessoa de. *Acordos Administrativos Substitutivos de Sanção*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

BORDIN, Newton Antônio Pinto Bordin. Da viabilidade jurídica da utilização de termos de ajustamento de gestão (TAG) por Tribunais de Contas. In: JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique (coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli de (org.). *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 389-403.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. *Revista Diálogo Jurídico*, n.9. Salvador, ano I, dez. 2001, p. 6. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>.

CHADID, Ronaldo. *A função social dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 244.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 146, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>. Acesso em 12/04/2021.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Administração Pública consensual: o que mudou com as alterações da LINDB?* Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 8, n. 18, p. 18, jul./dez. 2020.

_____. *Abuso de direito e constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Convênio é acordo, mas não é contrato: contributo de Hely Lopes Meirelles para a evolução dos acordos administrativos no Brasil. In: Wald, Arnaldo; Justen Filho, Marçal; Pereira, César Augusto Guimarães (orgs.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito*. São Paulo: Malheiros, 2017, p.523.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; ZARDO, Francisco; VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador: passado, presente e futuro*. Coluna Direito Administrativo Sancionador – JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info>.

José Roberto Pimenta Oliveira
Bruno Vieira da Rocha Barbirato

PELEGRINI, Márcia. A consensualidade como medida alternativa para o exercício da competência punitiva dos Tribunais de Contas. *In*: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta (coord). *Direito Administrativo Sancionador: estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUCSP Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2019, p.40.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; ZARDO, Francisco; VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador: passado, presente e futuro*. Coluna Direito Administrativo Sancionador – JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info>.

