Número 27 – setembro/outubro/novembro de 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-888

TERMOS DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO (TAG): DO SONHO À REALIDADE

Luciano Ferraz
Advogado.Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Professor Adjunto de Direito Administrativo da UFMG. Professor de Direito Administrativo da Universidade FUMEC. Professor Adjunto de Direito Financeiro e Finanças Públicas da PUC Minas (licenciado).

"El control existe en la medida em que resulta posible pasar de la detección de la falta de legalidad [...] a acciones correctivas. De no ser así, no se há cumplido el fin perseguido y el problema es más bien de responsabilidad por hecos que resultan irreparables." (Agustín Gordillo)[1]

1 – Introdução

Na última década, tenho me dedicado acadêmica e profissionalmente ao estudo da atividade de Controle da Administração Pública. Estes estudos não tiveram como foco o controle judicial da atividade administrativa, comumente presente nos manuais de Direito Administrativo e Constitucional, mas o controle externo e o controle interno da Administração Pública, com previsão nos artigos 70 a 75 da Constituição da República.

As conclusões alcançadas levaram-me a propor modelo de controle da atividade administrativa baseado no consenso e não na sanção. Desde a tese de doutoramento na UFMG (09.08.2003), intitulada *"Novos Rumos para o Controle da Administração Pública"*, vislumbrei **a possibilidade de utilização pelos Tribunais de Contas e pelos órgãos de controle interno de instrumentos alternativos de controle, baseados na consensualidade, ao invés de na imperatividade**.

[1] GORDILLO. Agustin. *Problemas del control de la Administración pública en América Latina*, Madrid: Civitas, 1981. p. 119.

Primeiramente, para o âmbito das Cortes de Contas nominei esses instrumentos de controle de TACTC (Termos de Ajustamento de Conduta dos Tribunais de Contas). Ao depois, em palestra proferida no Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, no dia 19.08.2005, passei a denominá-los, mais apropriadamente, Termos de Ajustamento de Gestão (TAG).

Atualmente, há legislações, projetos de lei e experiências práticas que absorveram o modelo referido, sendo que o pioneirismo foi do Município de Belo Horizonte, que, no âmbito do controle interno, criou dois instrumentos de controle consensual da Administração Pública: O TCG (Termo de Compromisso de Gestão), idêntico ao TAG, e a SUSPAD (Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar).

Doutrinariamente, alguns artigos começam a difundir a idéia, o que é fundamental e salutar, haja vista que criam ambiente propício à renovação do pensamento administrativo acerca dos mecanismos de controle da Administração Pública.[2]

Na seara administrativa, além do Município de Belo Horizonte, o anteprojeto de lei para a reforma do Decreto-lei 200/67 prevê a figura do TAG. O anteprojeto de lei orgânica dos Tribunais de Contas idem. Tem-se notícia, ainda, de que no âmbito da Controladoria Geral da União um anteprojeto de Decreto pretende instituir a o TCO – Termo de Compromisso e Orientação, com idêntica forma e substância ao TAG, porém com nomenclatura diversa.[3]

A proposta deste ensaio é demonstrar que, na perspectiva de um Estado Democrático, a consensualidade é alternativa fundamental e necessária ao uso da imperatividade em matéria de controle público, dando ensejo e fundamentação aos instrumentos de controle consensual da Administração Pública.

2 – Desenvolvimento

Já se afirmou que o Direito Administrativo é o direito da cidadania.[4] O reconhecimento da centralidade cidadã do Direito Administrativo, aliada à constatação de que a atividade de administração pública vincula-se ao Direito (e não é lei) implica obviamente alteração na maneira de se desenvolverem relações jurídicas entre a Administração Pública de per se e os cidadãos e a sociedade.

João Batista Gomes Moreira percebeu essa mutação ao afirmar que o Direito Administrativo caminha da rigidez autoritária à flexibilidade

---

[2] Cf. 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. Ver também GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. *www.carreiras jurídicas.com.br*. Acesso em 10.09.2010.

[3] HAGE, Jorge. Palestra proferida no VI Congresso Brasileiro de Licitações, Contratos e Compras Governamentais, Salvador, Bahia, de 18 a 20 de agosto de 2010.

[4] FERRAZ, Luciano. Novas formas de participação social na Administração Pública: conselhos gestores de políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*. www.direitodoestado.com.br. Acesso em 10.09.2010.

democrática.[5] Nesse passo, não é mais possível sustentar que as relações jusadministrativas impulsionam-se inteiramente por um agir unilateral da função administrativa, baseada exclusivamente em mecanismos autoritários de exercício do Poder: o interesse público não é um interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto ao interesse dos cidadãos.[6]

Com efeito, a atividade administrativa está permeada da idéia de finalidade e *"a incidência do princípio da legalidade sobre os negócios privados [...] é meramente formal, enquanto na seara dos negócios públicos é substancial, preenchida pela finalidade pública que norteia toda a atividade estatal."*[7]

O abalo do modelo burocrático de administração reclama formas menos rígidas de atuação, numa onda de resgate da colaboração entre Estado, sociedade e indivíduos. Em tempos hodiernos, a imperatividade cede espaço à consensualidade.[8] Fala-se mesmo em "era da consensualidade."[9]

Assim é que se propõe a existência de um princípio da consensualidade a impor à Administração Pública o dever de, sempre que possível, buscar a solução para as questões jurídicas e conflitos que vivencia pela via do consenso.

Dito princípio tem fundamento constitucional no preâmbulo da Constituição da Republica que afirma estar o Estado Brasileiro comprometido na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias. Também no art. 4º, VII, da Constituição que impõe ao Estado Brasileiro, nas relações internacionais, como princípio, a solução pacífica dos conflitos.

Especificamente sobre a temática do controle consensual da Administração Pública[10], a idéia fundamental subjacente é a alteração da lógica dos mecanismos de controle, que deixam de ser vistos numa vertente estritamente sancionatória – visão típica do Direito concebido como ordem de coerção –, para se afirmar como meio de pacificação negociada das controvérsias na ordem interna, na conformidade do que preceitua o Preâmbulo da Constituição da República de 1988.

---

[5] MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

[6] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11.

[7] FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública*, Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. p. 99.

[8] MOREIRA NETO. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 40.

[9] SOUTO, Marco Juruena Villela. A era da consensualidade e o Ministério Público. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Org.) *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*, São Paulo: Atlas, 2010.

[10] Sobre controle consensual da Administração Pública, cf. 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.

Com efeito, a concepção da atividade de controle exclusivamente como *controle-sanção* pertence ao tempo em que tanto a atividade de administração pública quanto o ordenamento jurídico buscavam sua essência no Positivismo: 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).

Na lógica do controle-sanção não há meio termo: ou a conduta do controlado é conforme as regras e procedimentos ou não é. Neste último caso, deve-se penalizar o sujeito, independentemente das circunstâncias práticas por ele vivenciadas na ocasião e das conseqüências futuras, às vezes negativas para o próprio funcionamento da máquina administrativa e quiçá á perspectiva de justiça inerente ao Direito na modernidade.

Necessário perceber-se em dias atuais a 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). É nesse cenário que restou concebida a idéia de produção de instrumentos consensuais de controle, com o objetivo deliberado de substituir parcialmente o controle-sanção pelo controle-consenso; o controle-repressão pelo controle-impulso.

Nesse ambiente de evolução[11], mutações[12] e transformações[13] ganhou fôlego a proposta teórica de *"Novos Rumos para o Controle da Administração Pública"*[14], mediante a implantação dos Termos de Ajustamento de Gestão (TAG).

Sustentei nos idos de 2003, *verbis*:

> 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.'[15]
>
> [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[16]

---

[11] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em evolução*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
[12] MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
[13] BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.
[14] FERRAZ, Luciano. *Novos Rumos para o Controle da Administração Pública*. Tese de Doutoramento. Belo Horizonte, UFMG, 2003. p. 134-142.
[15] RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta:* Teoria e Prática, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 130
[16] MOREIRA NETO. *Mutações...*, cit. p. 41. Entende-se possível a aplicação do consenso em substituição

> 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) [isso sem mencionar do art. 5º, § 6º da Lei 7.347/85 e do preâmbulo da Constituição]."

Em suma, as seguintes normas respaldam constitucional e legalmente a adoção dos TAG pelos Tribunais de Contas e controladorias internas: Preâmbulo, art. 4º, VII e art. 71, IX da Constituição da República; art. 59, §1º da Lei de Responsabilidade Fiscal;[17] art. 7º, §6º da Lei de Ação Civil Pública.

Com efeito, diante desses dispositivos constitucionais e legais, tenho sustentado que os Tribunais de Contas podem realizar a previsão do TAG, mediante Resolução do próprio órgão[18]; relativamente aos órgãos de controle interno, entendo bastante a previsão em Decreto do Poder Executivo, na forma do art. 84, VI da Constituição e congêneres (exercício da competência regulamentar).

O TAG foi utilizado pioneiramente pelo Município de Belo Horizonte – sob a nomenclatura TCG – Termo de Compromisso de Gestão – na gestão do Prefeito Fernando Pimentel, quando ocupei pela primeira vez o cargo de Controlador Geral do Município[19], mediante o Decreto 12.634, de janeiro de 2007. Veja-se o art. 12:

à imperatividade quando não restar demonstrada a má-fé do agente público controlado.

[17] Cf. 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.

[18] Sobre o exercício da competência normativa pelos Tribunais de Contas, cf. FERRAZ, Luciano. Poder de sanção e poder de coerção dos Tribunais de Contas: competência normativa e devido processo legal. Revista Diálogo Jurídico. www.direitodoestado.com.br. Acesso em 10.09.2010.

[19] A pertinência na utilização do mecanismo de controle consensual pelos órgãos de controle interno (cuja competência material é a mesma dos Tribunais de Contas) foi afirmada, ainda que indiretamente, pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, na resposta à Consulta n. 751.297, Rel. Cons. Eduardo Carone, sessão do dia 24.09.2008, que formulei àquele órgão. Vejam excertos do parecer: "[Voto do Cons. Eduardo Carone]: O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, na qualidade de órgão julgador das contas de administradores públicos estaduais/ municipais e de responsáveis por danos à administração estadual/ municipal, somente deve ser acionado após o esgotamento das providências administrativas internas [...] [Voto do Cons. Antônio Carlos Andrada]: acompanho *in totum* o voto do Relator. Mas queria elucidar um pequeno item. Bem ao final do voto, V. Exa. diz que é preciso esgotar as medidas internamente, para que depois se reporte a esta Corte. Eu concordo com essa linha, quero apenas ressaltar esse item porque, uma vez verificada a ilegalidade e sanada internamente, não há por que acionar o Tribunal. [Réplica do Cons. Eduardo Carone]: Mas eu falo que o Tribunal só deve ser acionado após o esgotamento das providências administrativas. Se o controle interno exercendo a sua função, apura um fato e consegue revertê-lo, ele não tem que acionar. Só deve acionar se não tiver êxito."

> 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 primeiros resultados apurados pela Auditoria Geral do Município no monitoramento regular aos Termos de Compromisso de Gestão apontaram para a melhoria do desempenho da Administração Municipal, com percentual de resolução negociada dos problemas administrativos detectados da ordem de 87% (oitenta e sete por cento).

Os elaboradores do anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal, apresentado por comissão de juristas ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, contemplaram o TAG (Termo de Ajustamento de Gestão), no art. 57, nos seguintes termos:

> "Art. 57 – Os órgãos de controle público podem propor a assinatura de termos de ajustamento de gestão para o efeito de afastar a aplicação de penalidades ou sanções e adequar os atos e procedimentos dos órgãos ou entidade controlada aos padrões de regularidade.
> Parágrafo único – O termo de ajustamento de gestão não pode ter por objeto a limitação de competência discricionária do gestor, nem a imposição de obrigações para os particulares, por via direta ou reflexa.

A previsão do TAG é adequada e corrobora tudo o que se discorreu acerca do controle consensual da Administração Pública. Objeta-se apenas a redação da parte final do parágrafo único, que prevê a inaplicabilidade do instrumento quando dele resulte imposição de obrigações por via direta ou reflexa aos particulares.

Isso porque é óbvio que um TAG assinado entre o gestor e o órgão de controle poderá refletir em relações obrigacionais com particulares (v.g., no âmbito contratual) ou em relações unilaterais (atos administrativos) que traduzam obrigações imperativas aos particulares.

A vedação é justificável no âmbito contratual, porque o particular não participa da assinatura do TAG, embora se possa cogitar de sua aquiescência. No âmbito das medidas unilaterais, em razão da imperatividade, os reflexos do TAG para os particulares serão naturais, mas será de rigor o respeito ao princípio da segurança jurídica, seja na observância do efeito *ex nunc* de nova interpretação administrativa (art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei 9.784/99), seja no reconhecimento da decadência, quando for o caso (art. 54 da Lei 9.784/99).

Assim, mercê do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, CR), proponho a alteração do preceito para que cogite expressamente da participação do particular atingido na confecção do TAG.

Por isso é que se propõe a seguinte redação para o dispositivo do projeto:

> Art. 57 – Os órgãos de controle público podem propor a assinatura de termos de ajustamento de gestão para o efeito de afastar a aplicação de penalidades ou sanções e adequar os atos e procedimentos dos órgãos ou entidade controlada aos padrões de regularidade.
>
> § 1º – O termo de ajustamento de gestão não pode ter por objeto a limitação de competência discricionária do gestor.
> § 2º - Se o termo de ajustamento de gestão refletir direta ou indiretamente na esfera jurídica de particulares, estes deverão ser previamente notificados para aquiescer expressa ou tacitamente com o seu conteúdo.
> §3º - Se do termo de ajustamento de gestão resultar a necessidade do desfazimento de ato administrativo ampliativo de direitos, os efeitos da nova orientação, salvo comprovada má fé, não poderão ser retroativos.
> § 4º - Se o particular discordar do conteúdo do termo de ajustamento de gestão poderá propor aos órgãos públicos a rescisão do contrato ou a renúncia ao direito decorrente, observando-se para todos os efeitos o disposto no art. 59, §1º da Lei 8.666/93.
> § 5º - O termo de ajustamento de gestão observará os prazos e os efeitos decadenciais e prescricionais previstos na legislação.

3 – Conclusão

A moderna Administração Pública e o Direito Administrativo participativo exigem da comunidade jurídica no Século XXI o repensar dos meios tradicionalmente empregados no controle da Administração Pública.

Mecanismos de controle consensual como o TAG desenvolvem-se para além do âmbito estrito da legalidade e dos procedimentos organizacionais rígidos, da legalidade formal, em ordem a prestigiar perspectivas juridicamente relevantes traduzidas em princípios jurídicos (boa fé, segurança jurídica), tudo relacionadas com o consenso e com a solução negociada dos conflitos em âmbito interno (Preâmbulo da Constituição).

A busca constante da melhoria do desempenho e dos resultados nas organizações sempre – desde Taylor – ocupou os estudiosos da Ciência de Administração; uma Administração Pública econômica, eficiente, eficaz e, sobretudo, efetiva e transparente, preocupada com o incremento dos resultados sociais de sua ação, é o desejo da sociedade brasileira, sejam tais resultados alcançados com métodos imperativos ou consensuais.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

FERRAZ, Luciano. Termos de Ajustamento de Gestão (TAG): do sonho à realidade. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, setembro, outubro, novembro, 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-27-SETEMBRO-2011-LUCIANO-FERRAZ.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Nenhuma informação disponível.