

Data do recebimento: 21/06/2020

Data do aceite: 17/08/2020

ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA NO CONTROLE CONSENSUAL

PUBLIC ADVOCACY PERFORMANCE IN CONSENSUAL CONTROL

Felipe Sordi Macedo¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Do Controle Administrativo; 2. A consensualidade como novo modelo de controle administrativo; 2.1 O controle externo e a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta pelos Tribunais de Contas; 2.2 O controle interno da Administração Pública e a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta e de Gestão; 2.3 Mecanismos consensuais no controle judicial da Administração Pública; 3. Atuação funcional da Advocacia Pública no controle consensual; 4. Conclusão; Referências.

1 - Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Pós-graduado em Direito Público (UNIDERP/LFG). Bacharel em Direito (UFSC), Procurador do Estado de São Paulo, exercendo a função de Chefe do Contencioso Geral da Seccional de Mogi das Cruzes, na Procuradoria Regional da Grande São Paulo. Endereço eletrônico: fsmacedo@sp.gov.br



RESUMO: O artigo analisa o consensualismo como novo modelo de controle administrativo, em que é dada primazia a soluções negociadas e bilaterais com o intento de alcançar o resultado visado pelas políticas públicas. O consensualismo encontra esteio na Constituição Federal de 1988 e surge como corolário do princípio da eficiência da Administração Pública. Além disso, numa perspectiva de obtenção de resultados eficazes, tem preferência em relação à mera aplicação de sanção, ferramenta inerente ao modelo de controle burocrático. Contudo, nem sempre a adoção do modelo consensual é alternativa eficaz ao alcance pretendido, de modo que a atuação da Advocacia Pública como função essencial à Justiça mostra-se sobremaneira importante, a possibilitar ao gestor a escolha da melhor opção de controle do ato diante da situação concreta em análise.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Normas de Introdução ao Direito Brasileiro – Lei nº 13.655/2018. Controle da Administração Pública. Consensualismo. Termo de Ajuste. Advocacia Pública.

ABSTRACT: The article analyzes consensualism as a new model of administrative control in which negotiated and bilateral solutions are given priority in order to achieve the intended result of public policies. Consensualism is the mainstay of the Federal Constitution of 1988 and a means of achieving the principle of efficiency in public administration, whose search for effective results takes precedence over the mere application of sanctions in the bureaucratic control model. However, the adoption of the consensual model may not always prove effective within the intended scope, so that the performance of Public Advocacy as an essential function of Justice is extremely important, enabling the manager to choose the best option to control the act in the face of the concrete situation under analysis.

KEYWORDS: Administrative Law. Rules of Introduction to Brazilian Law - Law 13.655/ 2018. Control of Public Administration. Consensualism. Adjustment Term. Public Advocacy.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo expor o contexto que levou à recente mudança na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, levada a efeito pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, prestigiando o consensualismo como novo modelo para o controle da administração pública, em que sobressaem mecanismos bilaterais e soluções negociadas, a fim de alcançar o resultado previsto pela política pública em execução. Dado que o modelo de controle burocrático, baseado na aplicação de sanções aos controlados, nem sempre se mostrou eficaz ao alcance dos resultados visados pelo gestor público, a opção pelo controle consensual exsurge como tentativa de verdadeira concretização do princípio constitucional da eficiência da Administração Pública.

Dessa forma, a novidade legislativa reforça o modelo de controle consensual na Administração Pública como nova opção ao controle sancionatório. Com isso, atrai segurança jurídica ao estabelecimento de mecanismos bilaterais que prestigiam a solução pacífica e negociada das controvérsias. Necessário, portanto, estudar os instrumentos postos para a operacionalização desse novo modo de atuação, dos quais são exemplos os Termos de Ajuste de Conduta ou de Gestão, que vêm sendo amplamente utilizados pelos órgãos de controle externo na busca de adequação de atos irregulares aptos à sanatória e do verdadeiro alcance de resultados pretendidos. No controle interno, tais termos também são utilizados em homenagem à eficiência administrativa. Consta-se também que, no controle judicial da administração pública, as alternativas consensuais são cada vez mais positivadas, como demonstram as possibilidades conferidas pelo Código de Processo Civil de 2015; pela Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, conferindo a possibilidade de autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, e, mais recentemente, pela Lei Federal nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que revogou a proibição para transações em ações de improbidade, autorizando expressamente que tanto o Ministério Público quanto os entes lesados por atos ímprobos possam celebrar acordos com quem os cometeu.

Em meio a críticas e dúvidas decorrentes da aplicação de um novo modo de atuação, a Advocacia Pública, como função essencial à justiça, deve avaliar ao gestor público a escolha da opção de controle que melhor se adequa ao caso concreto, eis que nem todas as situações admitem o modelo consensual. Também é sua função atuar na regulamentação das novas possibilidades trazidas pela lei, a fim de buscar a máxima eficácia dos novos instrumentos.

1. DO CONTROLE ADMINISTRATIVO

No desempenho das funções administrativas, a Administração Pública, regida pelos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, CRFB/1988), submete-se ao controle interno e externo no tocante à verificação e eventual correção de seus atos, com o fim de aferir a observância das normas e princípios de regência, a concretização e o resultado esperado das ações e decisões administrativas.

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

Nas palavras de Maria Silvia Zanella Di Pietro,² o controle tem por finalidade:

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

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

A teoria do controle sancionatório decorre da própria tradição jurídico-cultural e romano-germânica em que se baseou a formação institucional da nação, sendo que, na esfera do direito público pátrio, a grande influência é da escola francesa do Direito Administrativo. Em suma, pelo pensamento francês, os poderes administrativos do Estado encontram-se em relação de verticalidade frente ao cidadão comum, tanto é assim que seus atos contam com os seguintes atributos: presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade. No direito anglo-saxão, a cultura jurídica é marcada pela horizontalidade da administração pública em relação ao particular. Os órgãos e agentes da administração pública comungam e submetem-se ao direito comum, via de regra, não dispondo de privilégios ou de prerrogativas de autoridade pública. É nessa premissa da horizontalidade, não suscetível a tantas resistências teóricas, que se baseia a ideia de consensualidade no âmbito da Administração Pública, fazendo da solução negociada, baseada no diálogo, o instrumento prioritário do controle voltado a resultados.

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

Consequência dessa transformação do Direito Administrativo, em face da já mencionada ineficiência ou até mesmo ausência de resultados práticos no controle punitivo aplicado, é a necessidade de aproximação entre a realidade inserida e as normas de controle. Para tanto, é necessário superar, em certa medida, o paradigma do controle sancionatório, o que, ao longo do tempo, pode ter contribuído para o engessamento da Administração Pública, e adotar mecanismos de controle consensual, com objetivos resolutivos e pragmáticos.

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

É nesse contexto que, após transcorridos praticamente 20 anos da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998 e a consagração do princípio da eficiência, o acréscimo legislativo nas Leis de Introdução ao Direito Brasileiro, doravante apenas LINDB, por meio da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, prestigiou o modelo de controle consensual da administração pública, em harmonia com o preâmbulo e com o art. 4º, VII, da CRFB/1988 – solução pacífica das controvérsias e conflitos –, legitimando mecanismos bilaterais que dão primazia a noções de consensualidade, com atenção às consequências práticas na tomada de decisões. Abre-se, assim, uma importante base legal para a composição administrativa em matéria de controle administrativo.

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

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

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

[...]

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

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

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

II – (VETADO);

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

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

§ 2º (VETADO)”.

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

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

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

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

A doutrina, inclusive, chama a atenção pela opção político-legislativa advinda do fato de o escopo da novel lei ter sido a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e não a instituição de regramento autônomo. Com isso, os artigos acrescidos à LINDB ganham o status de um 'superdireito', ou seja, acima do universo normativo das demais normas infraconstitucionais em geral e com caráter norteador na disciplina e elaboração de novas normas jurídicas.

Essa mudança de paradigma no ramo do direito público é motivada pelo desenvolvimento e a própria transformação dos modelos jurídicos e filosóficos (liberal, social, regulatório, neoliberal) e também pelas crises institucionais e econômicas vivenciadas, levando o legislador a buscar alternativas ao estático e cada vez mais disfuncional modelo de controle em aplicação. Gestores e agentes públicos incumbidos de executar políticas públicas alegam existir uma verdadeira cultura de medo arraigada no exercício dos seus deveres funcionais, com sobreposição desproporcional do controle frente à gestão. Assevera Luciano Ferraz:

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

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

2. A CONSENSUALIDADE COMO NOVO MODELO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO

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

A inclusão dos citados artigos 26 e 27 à LINDB reforça o modelo de controle consensual na Administração Pública como nova opção em relação ao controle-sanção, permitindo o fortalecimento de instrumentos que, esparsamente, já se encontravam em utilização. Atrai-se, assim, segurança jurídica para o estabelecimento de mecanismos bilaterais em alternativa à vertente sancionatória para prestigiar a solução pacífica e negociada das controvérsias. Não à toa, a alcuha da nova LINDB é Lei da Segurança para a Inovação Pública.

O controle consensual, em prestígio ao princípio constitucional da eficiência, visa também a concretização do interesse público, por meio da cooperação negociada entre os celebrantes do acordo, a suscitar entre as partes envolvidas o entusiasmo e o desejo de colaboração para o alcance dos resultados pretendidos. Isso sempre com o devido respeito à transparência administrativa.

A análise do citado art. 26 abre margem a uma ampla dimensão de instrumentos colocados à disposição pela lei interpretativa, a serem ratificados pelo legislador, dado o permissivo

4 - FERRAZ, Luciano. Termo de ajustamento de gestão (TAG): do sonho à realidade. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 8, n. 31, 2010. p. 46.

concedido para a celebração de “*compromissos com os interessados*”, aptos a pôr fim a controvérsias jurídicas e interpretativas, mediante solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais.

Como exemplo de instrumentos adequados ao modelo proposto pelo acréscimo na LINDB, têm-se, no âmbito do controle externo efetuado pelos Tribunais de Contas, os chamados Termos de Ajustamento de Gestão ou de Conduta, conforme a denominação adotada pela regulamentação interna de cada órgão controlador, doravante apenas TAG(s).

A função principal dos Tribunais de Contas em sede de controle externo dos atos administrativos é o julgamento das contas dos administradores públicos, determinando prazos para o saneamento das irregularidades eventualmente encontradas. Em breve síntese, no julgamento de contas de seus jurisdicionados, a Casa de Contas do ente respectivo pode julgar a prestação de contas como regular, regular com ressalvas ou irregular.

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

Surge assim o TAG como proposta alternativa ao punitivismo das penalidades administrativas, com a pretensão de inaugurar uma lógica de consenso no controle exercido por esses tribunais sempre que dispensável a aplicação do poder coercitivo. O TAG, ressalte-se, deve estar fora do escopo de aplicação nas hipóteses em que esteja configurado o desvio de recursos públicos e nos casos de processo com decisão definitiva irrecorrível, guardando observância ao princípio da moralidade administrativa.

Melhor conceituando, o TAG pode ser definido como um acordo de vontades entre o jurisdicionado controlado e a corte controladora, diante da constatação de irregularidades, de ordem jurídica ou fática, que levariam à aplicação de sanção. Em substituição a essa imperatividade, pactuam-se objetivos e correções de rumo para implementação em determinado espaço de tempo, visando sanear o ato e torná-lo regular. Nesse período, suspende-se a aplicação de penalidades ou sanções, com monitoramento pelos órgãos técnicos do Tribunal. Somente a hipótese de novo descumprimento resultaria na cominação.

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

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

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

Esse instrumento de gestão guarda relação estreita com o princípio constitucional da eficiência, pautando-se pelos princípios da consensualidade, voluntariedade e boa-fé, de modo que os conflitos com a Administração se resolvam de forma livre e voluntária pelos acordantes. A segunda chance representada pelo TAG justifica-se na medida em que o controle sancionatório – ao longo do tempo – demonstrou-se incapaz de realizar o interesse público pretendido com a implementação de políticas públicas, pois a simples imposição de sanções disciplinares e pecuniárias a gestores não têm propiciado melhorias na execução dessas políticas.

O TAG, por sua vez, preconiza a entrega do resultado final do produto (*accountability*), o que é o próprio interesse público pretendido pela lei, valendo-se da análise do consequencialismo jurídico e fático ocorrido no âmbito da execução, para que seja alcançado acordo entre as partes que seja apto a produzir o resultado planejado. Subsistindo o não atendimento do resultado planejado, permanece a possibilidade de aplicação de penalidades administrativas ou até mesmo a adaptação do acordo por meio de termos aditivos, tudo conforme criteriosa análise do caso concreto. É, portanto, uma alternativa negociada a viabilizar o atendimento do interesse público.

Importante frisar que, ao celebrar um TAG, o gestor responsável assume que a irregularidade constatada, de fato, existiu, ficando vedada, dessa forma, a apresentação de qualquer justificativa ou argumentação que impeça eventual medida sancionatória. A diferença é que, no caso da celebração negociada e consensual, fica afastada, por ora, a aplicação de ato unilateral coercitivo para alcançar o resultado pretendido.

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

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

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

Nas leis orgânicas citadas, os tribunais de contas trazem expressamente os seguintes limites ao TAG: • TCE-SE: não pode implicar renúncia de receitas; não pode ser celebrado quando configurar ato doloso de improbidade administrativa; • TCEMG: não pode ser celebrado nos casos em que esteja previamente configurado desvio de recursos públicos e nos casos de processo com decisão irrecurável; não pode retroagir se resultar

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

no desfazimento de atos administrativos ampliativos de direitos, salvo comprovada má-fé; • TCE-RN: não cabe a celebração do TAG para os casos em que ficar configurado ato doloso de improbidade administrativa; • TCE-MT: não cabe a celebração de TAG quando a situação configurar ato doloso de improbidade administrativa; ajustamento que implique renúncia de receita e casos em que já houver decisão irrecorrível sobre o ato ou fato impugnado; • TCE-AM: situação que configure indícios de improbidade administrativa; existência de processo com decisão definitiva irrecorrível; implicação de renúncia de receita, com a ressalva das multas aplicadas pelo Tribunal e implicação de redução dos percentuais constitucionais mínimos de investimento nas áreas de saúde e educação.

O Tribunal de Contas da União (TCU), na última reforma do seu regimento interno, Resolução nº 246, de 30/11/2011, ainda não incorporou os TAG(s) ao seu ordenamento, mas passou a admiti-los,⁸ conforme se infere do Acórdão nº 2.121/17 – relatado pelo Ministro Bruno Dantas e tratado pelo próprio Tribunal como *leading case*, bem ainda do Acórdão nº 1.707/2017 (Plenário, rel. min. Augusto Nardes) e do Acórdão nº 393/2018 (Plenário, rel. min. Augusto Nardes).

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

O controle interno da Administração Pública também pode ser chamado de controle horizontal, na medida em que – diversamente do controle externo – oportuniza a conformação legal dos atos, com a efetivação de ajustes antes da ocorrência de eventuais efeitos nocivos. Representa assim uma atuação proativa da Administração Pública, a fim de verificar e corrigir seus próprios atos, punir seus infratores e, assim, viabilizar plenamente a execução das políticas públicas.

Consagrado na doutrina, na própria legislação e no conhecido verbete Sumular do Supremo Tribunal Federal com o Enunciado nº 473⁹ como reconhecida prerrogativa da Administração Pública, o controle interno também é um típico mecanismo consensual, cuja formalização pode ser operada via TAG(s), que também têm sido adotados com bastante frequência em sede de fiscalização de serviços concedidos, como, por exemplo, energia elétrica, telefonia, transportes e rodovias.

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

8 - Os atos negociais da Administração praticados no âmbito de TAC, quando envolvem transação de bens e recursos públicos, estão sujeitos à jurisdição do TCU, tal qual ocorre com os procedimentos de mediação (Lei nº 13.140/2015) ou com os acordos de leniência previstos na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), cabendo, caso a caso, a avaliação de conveniência e oportunidade de o Tribunal atuar, com base em critérios de materialidade, relevância e risco. Tribunal de Contas da União, Acórdão 2121/2017-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS.

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

pela Resolução nº 629/2013; na Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, pela Resolução nº 442/2004, c/c a Resolução nº 4.071/2013. Contudo, diante da diversidade de situações que envolvem o contexto fático ou jurídico, cabe pontuar que nem sempre haverá uma regulamentação prevendo, de forma taxativa, expressa ou exaustiva, as obrigações que podem ser estabelecidas pelo acordo. Essa eventual lacuna normativa confere curial importância à regra geral interpretativa do art. 20 da LINDB, haja vista que o pragmatismo envolto na escolha de uma decisão deve admitir certa flexibilidade na definição das obrigações a serem ajustadas, com a devida análise das consequências possíveis e do resultado prático da decisão, de modo a atingir a finalidade a que se destina.

Nessa toada, em recente decisão emanada no Acórdão nº 2.121/2017, Plenário TCU, sobre o cabimento dos ajustes celebrados no âmbito do autocontrole, considerou-se que tais instrumentos, em caráter complementar ao processo sancionatório, podem ser mais efetivos para o cumprimento de certas obrigações ou de reparação de danos. Para o órgão de controle, o consenso em torno das obrigações tem o condão de aumentar “as chances de cumprimento dos compromissos acordados, com possibilidade real de correção/cessão das condutas danosas”, o que resulta na “eliminação dos elevados custos de carregamento desses processos [sancionatórios] ao longo dos anos de suas existências, substituindo os efeitos nocivos da litigância administrativa e, eventualmente, judicial, recorrente e duradoura, por um termo objetivo e consensual”.¹⁰

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

Experiência pioneira no âmbito do controle interno de órgãos da Administração perante outros órgãos do mesmo ente é a do município de Belo Horizonte/MG, que editou a Lei nº 9.155, de 12 de janeiro de 2006, regulamentada pelo Decreto nº 12.634, de 22 de fevereiro de 2007, concedendo à Controladoria-Geral do Município a prerrogativa de acordar com outros órgãos municipais Termo de Compromisso de Gestão (TCG), com meios corretivos para o saneamento de irregularidades.

No âmbito federal, ao regulamentar a novel legislação, o Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, elenca instrumentos para a execução da lei pelos órgãos e entidades da Administração. Prevê, assim, a celebração de compromisso com os interessados, quando entender conveniente para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público, conforme previsão do art. 10 do citado Decreto, que fixa a forma, conteúdo e procedimento desse instrumento. O art. 11, por sua vez, elenca expressamente o Termo de Ajustamento de Gestão, ressalvando a sua não aplicação nos casos em que se observe que o dano ao erário foi praticado por agentes públicos de forma dolosa ou mediante erro grosseiro.

Materialmente, as atribuições dos órgãos de autocontrole e do controle externo dos tribunais de contas não se mostram distintas, com cada um apurando em sua instância os atos administrativos praticados, o que representa a importância dada pelo constituinte à boa prática administrativa na gestão da *res* pública, a evitar o desperdício de recursos e em favor da escorreita

10 - Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-termos-de-ajuste-de-conduta-da-anatel-e-da-antt-na-visao-do-tcu-15022018.

consecução das políticas formuladas. Isso porque quanto mais frágeis os mecanismos de controle, mais a Administração estará sujeita a erros, desperdícios e até mesmo condutas fraudulentas.

2.3 Mecanismos consensuais no controle judicial da Administração Pública

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

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

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

Outra recente novidade legislativa que reforça a busca de soluções consensuais é a possibilidade da celebração do “acordo de não persecução cível”, expressamente inserida na Lei de Improbidade Administrativa. Dentro do chamado pacote anticrime, a Lei Federal nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, revogou a proibição para transações em ações de improbidade, de modo que o § 1º do art. 17 da Lei 8.429/1992¹¹ passou a admitir que tanto o Ministério Público quanto os entes lesados por atos ímprobos possam celebrar acordos com quem os cometeu. Sem confundir indisponibilidade com intransigibilidade, a novel dicção pode proporcionar reparação mais rápida e eficaz ao erário, efetivando assim o princípio constitucional da eficiência nos âmbitos administrativo e judicial.

11 - Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput. (Revogado pela Medida provisória nº 703, de 2015) (Vigência encerrada)

§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

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

2.4 Normatização para a celebração de mecanismos consensuais. O exemplo da Advocacia Pública Federal

O avanço obtido por meio do acréscimo legal ora em estudo à Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, no âmbito da Advocacia Pública Federal, não é propriamente uma novidade no sentido estrito da palavra.

A Constituição Federal de 1988 outorgou à Advocacia-Geral da União competência para representação extrajudicial da União. Veja-se:

DA ADVOCACIA PÚBLICA

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

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo¹² (grifo nosso).

Na construção legislativa do órgão encarregado da atividade técnica da advocacia pública da União, suas autarquias e fundações, o assessoramento jurídico sempre teve destaque, o que converge aos moldes de uma administração pública dialógica. Não se deve perder de linha que o nascimento da Advocacia-Geral da União dá-se já em um contexto de reforma de estado, ou seja, o Estado brasileiro como promotor e regulador do desenvolvimento socioeconômico do país, não mais o executor direto da produção de bens e serviços. Logicamente, essa concepção irá refletir na atuação do órgão.

Assim, a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União – Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 –, seus regulamentos e a legislação superveniente de estruturação do órgão, ainda que de modo não tão explícito como feito pela novel principiologia inserta na LINDB, já conduziam a Advocacia Pública Federal para a consecução de políticas consensuais. O art. 4º, inciso VI, da Lei Orgânica da AGU, por exemplo, autorizou o Advogado-Geral da União “a desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente”. A Lei nº 12.411, de 11 de junho de 2010, incluiu o art. 4-A à Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, *in verbis*:

Art. 4o-A. O termo de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações, firmado pela Advocacia-Geral da União, deverá conter:(Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

12 - BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

[...]

Parágrafo único. A Advocacia-Geral da União poderá solicitar aos órgãos e entidades públicas federais manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em termo de ajustamento de conduta, cabendo ao Advogado-Geral da União a decisão final quanto à sua celebração. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

O art. 5º da citada lei, em redação original, também merece nota:

Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

Sem adentrar nos pormenores técnicos que abrangem a construção de um termo de ajustamento de conduta pelo órgão encarregado na Advocacia-Geral da União, já é possível vislumbrar, a partir dos dispositivos legais acima vistos, a adoção de mecanismos consensuais, ainda que ancorados somente no instrumento formal, ou seja, o termo de ajuste, bem como a análise de consequências práticas da decisão (art. 5º, parágrafo único).

A formação de um termo de ajuste de conduta deve conter a análise de elementos de fato e de direito que conduzam à verificação da vantajosidade que a sua subscrição pelas partes interessadas acarretará ao interesse público, de modo a afastar a adoção dos mecanismos tradicionais de controle (aplicação de multas ou sanções, judicialização, entre outros). Também não se pode olvidar da previsão de restabelecimento desses métodos tradicionais de controle, sob pena de transformarem-se em instrumento nefasto de descumprimento de obrigações com o Poder Público.

Atos internos da Advocacia-Geral da União designam as autoridades que podem firmar as transações. Exemplo disso é a recente Portaria nº 12, de 16 de janeiro de 2020, por meio da qual o Advogado-Geral da União delega ao Consultor-Geral da União e ao Procurador-Geral Federal a competência de que trata o art. 4º-A da Lei nº 9.469/1997. Tais autoridades, ainda, podem subdelegar a competência, o que envolve a edição de regulamentos internos, observando-se, geralmente, limites de alçada com base em determinado valor econômico.

Por sua vez, os acréscimos da Lei 13.140/2015 trouxeram importante avanço à Lei 9.469/1997, ao autorizar o Advogado-Geral da União, ou autoridade por ele delegada, a realizar acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

Nesse sentido, em convergência a um modelo consensual, inclusive, a reforçar a prática do federalismo de cooperação, pode-se citar recente acordo firmado pela União e os estados-membros, referente à Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, conhecida como Lei Kandir. A antiga controvérsia cingia-se sobre a desoneração (não incidência), pela União, do Imposto de Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transportes e Comunicação (ICMS), imposto estadual por excelência, quando da exportação de operação e prestações de mercadorias,

produtos primários e industrializados semielaborados ou serviços. Os Estados alegavam perdas bilionárias de arrecadação do ICMS ocasionadas pela União, que não regulamentou a compensação aos entes subnacionais pelo valor não arrecadado com a desoneração das exportações, conforme prevê a Lei Kandir.

A controvérsia já estava decidida com trânsito em julgado na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 25, reconhecendo a mora legislativa e determinando ao Congresso Nacional a edição da respectiva legislação, com determinação de prazo, sob pena de incumbir ao Tribunal de Contas da União a quantificação das perdas e a fixação de montante a ser transferido anualmente da União aos entes federativos enquanto não editada lei complementar que compensasse as perdas.

A tessitura de um acordo, portanto, envolveu proposições ao diálogo às partes envolvidas, inclusive o Poder Judiciário, para a melhor execução do julgado. Em palavras do Ministro Ricardo Lewandowsky, do Supremo Tribunal Federal, na ADO nº 23, trata-se de “questão que se revela de grande complexidade conceitual e de elevada sensibilidade no tocante ao próprio pacto federativo brasileiro”.

Assim, foi acordado entre a União e os demais entes subnacionais envolvidos (estados-membros e Distrito Federal) o repasse de R\$ 65,6 bilhões daquela para estes como compensação pelas perdas do ICMS não arrecadado pela desoneração de exportações. Ainda, ajustou-se que a União envidará esforços para a promulgação de um novo Pacto Federativo, na forma como enviada a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 188/2019, em sua original, bem como fixado o prazo de 60 dias para que a União envie novo Projeto de Lei Complementar que crie regra temporária de transferência das compensações até o ano de 2037.

O caráter consequencialista do acordo firmado – ao evitar um colapso da Federação brasileira – é frisado pelo Advogado-Geral da União, José Levi Mello: “Pratica-se aqui um vigoroso federalismo de cooperação e de bom entendimento em favor do bem comum federativo, tendo como pressuposto a lealdade federativa, com a recusa em alto e bom som de um federalismo de competição fratricida”.

3. Atuação funcional da Advocacia Pública no controle consensual

A Advocacia Pública passou a ter atuação definida no cenário jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, momento em que definitivamente obteve maior relevância institucional ao ser classificada no título referente à organização dos poderes como uma das funções essenciais à justiça e com exercício protegido por norma constitucional.

Como órgão de natureza técnica essencial à Justiça, a Advocacia Pública atua tanto na atividade contenciosa judicial do Estado – aqui compreendido o termo nos seus diversos níveis de organização político-administrativa –, bem como na consultoria jurídica da Administração Pública, concentrando a dupla função (contenciosa e consultiva) em uma instituição única, alçando-a a uma condição superior de instituição curadora da legalidade da atuação do Poder Público. Tal posição é reforçada pelo Supremo Tribunal Federal em reiterados julgamentos. Veja-se:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL DE RORAIMA N. 42/2014. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. VÍCIO DE INICIATIVA. *EXCLUSIVIDADE DA REPRESENTAÇÃO JUDICIAL E DA CONSULTORIA JURÍDICA PELOS PROCURADORES DE ESTADO. PRINCÍPIO DA UNICIDADE. ART. 132 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.* CRIAÇÃO POR LEIS ESTADUAIS DE CARGOS EM ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA COM ATRIBUIÇÕES INERENTES À PROCURADORIA DE ESTADO: IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DA INSTITUIÇÃO DE PROCURADORIA EM UNIVERSIDADE ESTADUAL EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. AÇÃO PARCIALMENTE PREJUCICADA E NA OUTRA EXTENSÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

(ADI 5262, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 19-08-2019 PUBLIC 20-08-2019) (grifo do autor)

No mesmo sentido:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Artigo 245, I, (atual 248, I) da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. 3. Artigo renumerado e em vigor. Inexistência de revogação. Afastada prejudicialidade. 4. Criação de Procuradoria do Instituto Estadual de Terras e Cartografia. Procuradores de Autarquia desvinculados da Procuradoria-Geral do Estado. 5. Alegação de ofensa aos artigos 132 da Constituição e 69 do ADCT. 6. Descentralização. *Usurpação da competência funcional exclusiva da Procuradoria-Geral do Estado.* 7. *Ausência de previsão constitucional expressa para a descentralização funcional da Procuradoria-Geral do Estado.* 8. Inaplicabilidade da hipótese prevista no artigo 69 do ADCT. Inexistência de órgãos distintos da Procuradoria estadual à data da promulgação da Constituição. Precedentes. 9. Ação julgada procedente.

(ADI 241, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 11/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 06-05-2019 PUBLIC 07-05-2019) – (grifo do autor)

Ainda:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. LEI COMPLEMENTAR RONDONIENSE N. 399/2007, QUE CRIA E ORGANIZA A PROCURADORIA-GERAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. CONSONÂNCIA AO ART. 132 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 94/RO. ART. 3º, INC. V, DA LEI COMPLEMENTAR N. 399/2007. *INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA AUTORIZADORA DA PROCURADORIA DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL A COBRAR JUDICIALMENTE MULTAS APLICADAS EM DECISÕES DEFINITIVAS.* RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 223.037/SE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

(ADI 4070, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017) (grifo do autor)

E:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional no 17, de 30 de junho de 1997, promulgada pela Assembléia Legislativa do Estado de Goiás, que

acrescentou os §§ 2o e 3o e incisos, ao artigo 118 da Constituição estadual. 3. *Criação de Procuradoria da Fazenda Estadual, subordinada à Secretaria da Fazenda do Estado e desvinculada à Procuradoria-Geral.* 4. *Alegação de ofensa aos artigos 132 da Constituição e 32, do ADCT.* 5. *Descentralização. Usurpação da competência funcional exclusiva da Procuradoria-Geral do Estado.* 6. *Ausência de previsão constitucional expressa para a descentralização funcional da Procuradoria-Geral do Estado.* 7. Inaplicabilidade da hipótese prevista no artigo 69 do ADCT. Inexistência de órgãos distintos da Procuradoria estadual à data da promulgação da Constituição. 8. Ação julgada procedente

(ADI 1679, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2003, DJ 21-11-2003 PP-00007 EMENT VOL-02133-02 PP-00209) (grifo do autor)

Reforçado o caráter uno das instituições que compõem a Advocacia Pública, essencial para a uniformidade e segurança jurídica das decisões tomadas pelo gestor, tem-se que, em sede de controle consensual dos atos da Administração, a atuação do advogado público mostra-se curial. Assim o é porque, em se tratando de uma mudança de paradigma de atuação da Administração Pública, inclusive com status de superdireito, dada a opção pelo seu acréscimo à LINDB, muitas são as dúvidas à novel legislação, bem como as críticas inerentes à própria aplicação dos instrumentos postos à disposição pela doutrina do consensualismo.

De um ponto de vista pragmático, a consensualidade no âmbito do Estado envolve-se em um problema dual: de um lado, se utilizada de maneira correta, trata-se de uma prática vantajosa para as estruturas do Estado, especialmente do ponto de vista social e econômico, na medida em que apresenta diversos benefícios, alguns já citados acima; de outro lado, enfrenta um entrave argumentativo contundente, originário da noção tradicional da indisponibilidade do interesse público e suas repercussões, que será tratado em tópico à frente¹³.

O Ministério Público Federal, na Nota Técnica Conjunta nº 1/2018, teceu severas críticas ao projeto de lei aprovado, recomendando ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República o veto dos dispositivos. Em suma, ao analisar o art. 20 da LINDB, entende o *Parquet*, quanto às considerações pertinentes às consequências práticas da decisão, haver um verdadeiro desvirtuamento ao transferir para o julgador ônus e responsabilidades inerentes ao gestor público, com risco de se converter órgãos de controle em consultoria jurídica da Administração. Ao julgador, competiria tão somente aplicar a lei, confirmando ou invalidando determinado ato.¹⁴

Ainda menos amenas são as críticas ao art. 26 da LINDB, com a conclusão de que a celebração de compromisso e a transação quanto a sanções (art. 26, § 1º, II) com os interessados alçam o administrador ao “[...] campo fértil para a impunidade”, ao não fazer referência a quais seriam as concessões possíveis.

É nesse âmbito que a Advocacia Pública deve fazer protagonizar no Estado de Direito a missão que lhe foi incumbida. O advogado público deve orientar o gestor – conforme a situação que se apresenta no caso concreto – a adotar mecanismos consensuais, quando esta opção se

13 - NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 218, p. 66, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso em: 15 dez. 2018.

14 - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, Nota Técnica Conjunta nº1/2018, Brasília, 11/04/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-pgr-lindb.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2018.

mostrar a mais eficiente para a consecução do resultado pretendido (*accountability*), ou afastá-los, quando a atuação imediata recomende de pronto a aplicação de medidas imperativas, típicas do controle burocrático. Deve assim sopesar ao gestor, no âmbito de uma administração pública dialógica e diante da técnica jurídica que lhe é ínsita, a escolha da melhor interpretação possível, indicando os riscos e afastando posições prejudiciais à obtenção de resultados pela Administração. Cleuler Batista das Neves e Marcílio da Silva Ferreira Filho, citando Onofre Alves Batista Junior, sintetizam essa posição:

Se existe a possibilidade de celebração de contratos alternativos que propiciem soluções mais ajustadas ao desiderato de atendimento otimizado do bem comum, em especial quando o Direito estabelece cláusulas setoriais autorizativas, firma-se o dever/poder de transacionar, sempre que está se constitua na melhor alternativa para o atendimento do bem comum¹⁵

Desta feita, embora o acréscimo na LINDB tenha dado preferência para a adoção de mecanismos consensuais, por certo, a opção consensual só deverá ser utilizada quando realmente for a melhor alternativa à eficiência, o que, por certo, não afasta o controle sancionatório. A imposição unilateral de sanções não pode ser dispensada quando a análise da situação determinar ser esta a melhor escolha. Essa nova roupagem do interesse público é moldada pela pragmática, ou seja, a busca e a opção pelo melhor resultado, aquele que melhor satisfaça a efetividade da política pública executada.

O advogado público, assim, deve nortear o gestor, dadas as opções legais existentes e com base na avaliação das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, se a escolha pela celebração de um acordo é mais eficaz ao interesse público que a opção sancionatória, a judicialização da controvérsia ou mesmo a continuidade de uma persecução judicial já existente.

Dados os percalços enfrentados na sua execução, a nova LINDB efetivamente confere outra opção ao gestor para além da mera aplicação de sanção, não podendo mais ser desconsiderada diante do caráter conferido pelo legislador à Lei 13.655/2018, com o prestígio à perspectiva pragmática ou consequencialista nas suas decisões.

Desse modo, a escolha da via consensual ou sancionatória deve ser muito bem sopesada a cada caso concreto, sob o prisma do melhor atendimento ao interesse público, pautando-se por fatores além do mero controle jurídico e consideradas, sobretudo, as consequências práticas da escolha de determinada via.

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

15 - NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 218, p. 78, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

Um outro recente exemplo do novo relevo conferido à Advocacia Pública é o noticiado acordo de cooperação técnica para o estabelecimento de parâmetros mais claros para a negociação de acordos de leniência previstos na Lei nº 12.846/2013,¹⁶ diploma legal também inserido no microssistema do qual os novos dispositivos inseridos à LINDB pela Lei 13.655/2018 são norteadores.

Reconhecendo os campos próprios de atuação constitucional e legal de cada instituição da República envolvida na negociação dos acordos, a fim de evitar sobreposições e conflitos, a Advocacia Pública, aqui representada pela Advocacia-Geral da União, é alçada a patamar protagonista na interlocução com as demais instituições, como Ministério Público Federal, Tribunal de Contas da União, Controladoria-Geral da União, entre outros. Além disso, um papel central foi conferido à Advocacia-Geral da União na operacionalização dos procedimentos (ritos e mecanismos de compartilhamento de informações) necessários para firmar acordos desse jaez entre os diversos envolvidos. Trata-se da competência, atribuída à Advocacia-Geral da União e à Controladoria-Geral da União, para a celebração dos acordos de leniência.

A experiência profissional do advogado público, viabilizada até mesmo pela sua direta interlocução entre o Estado Executivo e o Estado Juiz, seja ainda pela atividade juriconsultiva que lhe é inerente, com necessidade de constante estudo do panorama legislativo e jurisprudencial em vigor para o atendimento das necessidades diárias da Administração, o torna habilitado para propiciar ao gestor a ponderação fático-jurídica necessária para a escolha da opção de controle que atenda ao interesse público da forma mais geral, equânime, segura e eficiente. Com isso, a Advocacia Pública pode efetivamente concretizar sua qualidade constitucionalmente assentada de indispensável à administração da Justiça, de forma que as resistências manifestadas pelos órgãos de controle e Ministério Público Federal quando da edição da lei, de fato, não subsistirão, pois não haverá transferência indevida aos julgadores desses órgãos de avaliar ônus e responsabilidades inerentes às atividades do gestor público.

4. CONCLUSÃO

É fato que está em curso uma revisitação do Direito Público pátrio, em especial no Direito Administrativo, provocada por uma série de transformações no contexto social e por frustrações decorrentes do ambiente político-burocrático, o qual não acompanhou as transformações da sociedade, deixando de proporcionar resultados úteis aos administrados.

A consagração da eficiência como princípio administrativo constitucional, por sua vez, torna imperativa a entrega de resultados que, de fato, tragam as melhorias tanto almejadas pela coletividade. Nesse sentido, há uma modificação do conceito de interesse público, que passa a ser entendido não como um imperativo que atenda ao interesse secundário do ente, mas sim aquele que assegure resultados da forma mais equânime, célere e econômica. Decorrencia de tais transformações, o controle da Administração Pública também exige modificações, de forma que a mera aplicação de sanções e o emprego de controles punitivos, conforme prescreve o modelo burocrático, nem sempre se mostram aptos à concretização de resultados. Para tanto, com amparo na ordem constitucional, que prioriza expressamente a solução pacífica das controvérsias

16 - COOPERAÇÃO técnica define protocolo para compartilhamento de informações nos acordos de leniência. *Advocacia-Geral da União*, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/acordo-de-cooperacao-tecnica-estabelece-parametros-para-negociacao-e-celebracao-de-leniencias>>. Acesso em: 09 ago. 2020.

(preâmbulo) e dos conflitos (art. 4º, VII, CRFB/1988), exsurge o modelo de controle administrativo, pontuado pelo consensualismo e agora consagrado na legislação pátria, com o acréscimo do art. 26 à nova LINDB. Tal instrumento veio a possibilitar a efetivação de soluções negociadas entre controlador e controlado, com vistas à escoreta condução do ato, sempre com foco no resultado pretendido (*accountability*).

Nada obstante, o novo modelo suscita críticas e dúvidas, como geralmente se dá com quaisquer inovações, inclusive porque nem sempre a análise do caso concreto apontará que a substituição do modelo tradicional de controle sancionatório pelo novo paradigma consensual é a melhor alternativa. Nesse passo é que se mostra primordial a atuação da Advocacia Pública, pois, como função essencial à Justiça que é, reúne condições de bem indicar ao gestor público – mediante minuciosa análise da situação concreta – qual a melhor opção ao interesse público. Não se pode esquecer de que determinadas ocasiões podem exigir de pronto a aplicação de sanções, outras, contudo, podem ser objeto de Termos de Ajustes ou outros instrumentos de colaboração consensual, agora disponíveis ao gestor.

E em reforço à sua atuação concreta na celebração de acordos ou outros instrumentos do novel modelo consensual quando assim demonstre ser a melhor opção ao interesse público, a Advocacia Pública, como órgão unificador dos sistemas jurídicos dos entes públicos – conforme aponta a Constituição Federal e confirmam os diversos julgamentos do Supremo Tribunal Federal –, deve atuar com protagonismo também na regulamentação das novidades legislativas decorrentes do microssistema consensual, a fim de extrair a sua máxima eficácia.

O recente acordo celebrado entre a União, estados e Distrito Federal na controvérsia federativa que envolve a questão da chamada Lei Kandir revela a importância de soluções negociadas, debatidas e ajustadas como meio pacificador de controvérsias mais eficaz que um modelo imperativamente imposto e executado. Ainda, o acordo de cooperação interinstitucional para a negociação de acordos de leniência previstos na Lei nº 12.846/2013, com poder decisório à Advocacia Pública, norteia o caráter essencial das suas instituições em busca de um controle voltado ao alcance do melhor resultado. Ademais, a superação de entraves impeditivos à celebração de transações nas hipóteses de improbidade administrativa e aos aperfeiçoamentos nas situações de conflitos administrativos são exemplos de como os advogados públicos podem atuar para um melhor diálogo entre a Administração Pública e os jurisdicionados, não se esquecendo de que tais atos são passíveis de controle interno e externo.

Tais atuações ratificam o novo viés do assessoramento técnico a cargo das instituições de Advocacia Pública, órgãos fundamentais em um contexto de concretização de uma Administração Pública dialógica, com ênfase na conciliação negociada dos interesses públicos com as reivindicações e necessidades privadas. Agora, o advogado público é um agente central na concretização da melhor solução ao seu principal cliente, o Estado *lato sensu*.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, C. C.; ALVES, M. S. D. Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópic pelo Direito Administrativo pós-moderno. **Revista do TCEMG**, Belo Horizonte, v. 84,

n. 3, p. 81-92, jul./set. 2012. Disponível em: <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1606.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.

BALTAR Neto, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. In: **Direito Administrativo**. 8. ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2018.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. **Manual de Atuação da Consultoria-Geral da União e de seus órgãos de execução na análise jurídica de Termos de Ajustamento de Conduta**. Rui Magalhães Piscitelli - Brasília AGU, 2016. Disponível em: <chrome-extension://ohfgljdgelakfkfepogkclcohadegdpjf/https://www.gov.br/agu/pt-br/assuntos1/Publicacoes/cartilhas/ManualdeAtuacaodaConsultoriaGeraldaUniaoedeseusorgaosdeexecucaonaanalisejuridicade.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **AGU concorda com homologação de acordo que põe fim a disputas sobre Lei Kandir**. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-concorda-com-homologacao-de-acordo-que-poe-fim-a-disputas-sobre-lei-kandir--942438>>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **PARECER n. 01188/2018/PFANP/PGF/AGU**. Disponível em: [Chrome-extension://ohfgljdgelakfkfepogkclcohadegdpjf/file:///E:/RELAT%C3%93RIOS%20T%C3%89CNICOS/parecer%20agu%20consensualismo%20-%20hist%C3%B3rico.pdf](chrome-extension://ohfgljdgelakfkfepogkclcohadegdpjf/file:///E:/RELAT%C3%93RIOS%20T%C3%89CNICOS/parecer%20agu%20consensualismo%20-%20hist%C3%B3rico.pdf). Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996**. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997**. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da

União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art6. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota Técnica Conjunta nº 1/2018**. Brasília, 11/04/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-pgr-lindb.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 23**. Relator: Min. Dias Toffoli, 21 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4355253>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 25**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 27 de agosto de 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4454964>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário homologa acordo entre União e estados sobre compensações da Lei Kandir**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443779&ori=1>. Acesso em: 16 ago. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DA COSTA, França Antônio. Termo de ajustamento de gestão: busca consensual de acerto na gestão pública. **Revista TCEMG**, jul./ago./set. 2014, p. 19-33. Disponível em: <http://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2824.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERRAZ, Luciano. LINDB consagra controle consensual da administração pública. **Revista Consultor Jurídico**, junho 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/interesse-publico-lindb-consagra-controle-consensual-administracao-publica?imprimir=1>. Acesso em: 16 dez. 2018.

FERRAZ, Luciano. Termo de ajustamento de gestão (TAG): do sonho à realidade. **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 8, n. 31, out./dez. 2010, p. 43 a 50.

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

FERRAZ, Luciano. Acordos de não persecução na improbidade administrativa – o início, o fim e o meio. **Consultor Jurídico**, 09/04/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/interesse-publico-acordos-nao-persecucao-civel-improbidade-administrativa>. Acesso em: 09 ago. 2020.

FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Diogo de; CÂMARA DE ALMEIDA, Aline Paola C.B.; Garcia, Flávio Amaral. O Futuro da Advocacia Pública: A Ação Preventiva e Proativa. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n.7. p. 11-36, 2016. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/OFuturodaAdvocaciaPublicaAAcaoPreventivaeProativa.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 1: parte geral. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

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

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

MARQUES NETO, de Azevedo Floriano; VÉRAS, de Freitas Rafael. A Lei 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos. **Revista Consultor Jurídico**, maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opinio-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos#author>. Acesso em: 12 dez. 2018.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./

jun. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63.pdf. Acesso em: 14 dez. 2018.

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

RIBEIRO DA SILVEIRA, Mateus Camilo. Pacote anticrime: acordo em improbidade administrativa e desafios da advocacia pública. **Jota**, 23/07/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/advocacia-publica-em-estudo/pacote-anticrime-acordo-em-improbidade-administrativa-e-desafios-da-advocacia-publica-23072020>. Acesso em: 09 ago. 2020.

SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público: caminho possível e adequado, com o devido respeito às peculiaridades do regime jurídico-administrativo. **Revista do Advogado AASP – Mediação e conciliação**, n. 123, São Paulo, Agosto de 2014, p. 162-169.

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

