

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

ADRIANA SILVA MAILLART

LUCIANA DE ABOIM MACHADO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

SUSANA ISABEL DA CUNHA SARDINHA MONTEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

F723

Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Luciana de Aboim Machado; Sérgio Henriques Zandona Freitas; Susana Isabel da Cunha Sardinha Monteiro – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-905-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) de Artigos denominado “FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I” do VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI (VII EVC), com a temática “A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, com patrocínio da Faculdade de Direito de Franca e da Universidade UNIGRANRIO - Afya, e apoio do Portugalense Institute For Legal Research - IJP e da Facultad de Derecho da Universidad de la República Uruguay, em evento realizado entre os dias 24 e 28 de junho de 2024, de forma telepresencial, com a utilização da Plataforma Conferência Web RNP.

Assim, o Grupo de Trabalho recebeu 25 artigos que abordam diferentes aspectos relacionados às formas consensuais de solução de conflitos, devendo ser ressaltado que todos os trabalhos direta ou indiretamente trataram da qualidade da prestação da justiça oferecida por meio dos métodos adequados de resolução de conflitos. A apresentação dos trabalhos foi dividida em quatro blocos, não havendo especificidades temáticas em cada um deles.

Destaca-se os títulos dos textos apresentados: A arbitragem enquanto meio extrajudicial de resolução de litígios que envolvem a administração pública: uma comparação entre os panoramas brasileiro e português; A atuação do mediador na efetiva resolução de conflitos no atual ordenamento jurídico brasileiro; A consensualidade como um caminho para a resolução de irregularidades na administração pública e a celebração de termos de ajustamento de gestão; A desjudicialização da execução civil e o acesso à justiça; A mediação como forma de solução de conflitos societários no âmbito do mercado de capitais; A mediação e a conciliação no direito processual constitucional: uma necessária releitura de acesso à justiça à partir da estrutura cultural do ordenamento jurídico e do estado democrático de direito; A mediação organizacional como mecanismo de redução do passivo trabalhista e das doenças ocupacionais; A teoria warataiana da mediação e a possibilidade de sua aplicação na resolução de conflitos urbanos através da atuação da administração pública municipal; Acesso à educação e círculos de construção de paz para crianças e adolescentes imigrantes de Santa Catarina: uma análise legislativa; Análise entre a justiça restaurativa e a justiça retributiva: o acesso à justiça como instrumento assegurador dos direitos da personalidade das vítimas de violência doméstica; Aplicação dos princípios da Lei de recuperação de empresas e falência (LREF) e o papel da mediação na recuperação judicial de empresas no

Brasil; As diretrizes curriculares nacionais instituídas pela resolução nº 05/2018 e a construção de uma educação jurídica multiportas; Câmara nacional de resolução de disputas – instrumento de gestão de conflitos em matéria desportiva; Conciliação como instrumento de garantia dos direitos da personalidade diante do descumprimento de contratos de prestação de substituição; Democracia e os desafios das fake news à luz da prevenção de conflitos; Desjudicialização, cultura da paz, e ODS 16 - considerações sobre a incorporação da Agenda 2030 no poder judiciário brasileiro; Filosofia e mediação: as relações entre as teorias da justiça de Rawls e Habermas e a mediação; Mediação e perspectiva de gênero: uma abordagem dos métodos autocompositivos em relações com desequilíbrios estruturais; Mediação na relação médico-paciente e a judicialização de demandas; Meios alternativos de solução de conflitos nas ações que versam sobre interesses transindividuais: uma investigação sobre a efetividade no caso Mariana/MG; Novos horizontes para conflitos fiscais: a jornada da arbitragem tributária em Portugal e seu potencial no Brasil; O (des) tratamento dado à mediação no sistema jurídico brasileiro: uma análise do artigo 334 do Código de Processo Civil; O direito à moradia como direito da personalidade e a mediação dos conflitos locatícios; O impacto da produção antecipada de provas nas relações trabalhistas: uma perspectiva multidimensional na gestão de conflitos; e, Tribunal multiportas e novas tecnologias: a autocomposição no ambiente virtual.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos, reflexo de pesquisas e pesquisadores de todas as regiões do país.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), das instituições parceiras e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

29 de junho de 2024.

Professora Dra. Adriana Silva Maillart

adrissilva@gmail.com

Professora Dra. Luciana de Aboim Machado

lucianags.adv@uol.com.br

Professora Dra. Susana Isabel da Cunha Sardinha Monteiro

susana.monteiro@ipleiria.pt

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

sergiohzhf@fumec.br

**A CONSENSUALIDADE COMO UM CAMINHO PARA A RESOLUÇÃO DE
IRREGULARIDADES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CELEBRAÇÃO DE
TERMOS DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO**

**CONSENSUALITY AS A PATH TO THE RESOLUTION OF IRREGULARITIES IN
PUBLIC ADMINISTRATION AND THE CELEBRATION OF MANAGEMENT
ADJUSTMENT TERMS**

Tereza Cristina Mota dos Santos Pinto ¹
Kadrine Saneila Gomes Mendes Moreira ²
Nairiane Freitas Machado ³

Resumo

O presente artigo visa discutir a consensualidade como caminho viável à resolução da ausência de realização de concurso público pelo Poder Público. Parte-se da premissa que os objetivos da ordem jurídica, centralizado na ideia de justiça e interesse público, constituem direito fundamental da sociedade e do indivíduo abrangendo também o direito de acesso a outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução de conflitos, como garantia de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, primeiramente, abordar-se-á a consensualidade no Estado Democrático de Direito, em que serão tecidos comentários acerca do giro paradigmático da Administração Pública brasileira, que pavimentou o caminho percorrido para a superação do pensamento juspositivista tradicional, fincado em fórmulas engessadas, tal como o olhar enviesado do princípio da legalidade. A seguir, serão expostas as bases legais da consensualidade e sua legitimação na ordem jurídica pátria, bem como instrumentos jurídicos que fundamentam os termos de ajustamento de gestão celebrados no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas. O método de pesquisa utilizado foi o de revisão bibliográfica, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Legalidade, Consensualidade, Tribunais de contas, Termos de ajustamento de gestão

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to discuss consensuality as a viable way to resolve the lack of public tendering by the Public Authorities. It is based on the premise that the objectives of the legal order, centered on the idea of justice and public interest, constitute a fundamental right of society and the individual, also encompassing the right of access to other self-composing mechanisms and means of conflict resolution, as a guarantee of protection and enforcement of fundamental rights. In this sense, firstly, consensuality in the Democratic State of Law will be addressed, in which comments will be made about the paradigmatic turn of Brazilian

¹ Doutora em Direito - UFMG

² Mestranda em Direito da Regulação - FGV

³ Mestranda em Direito da Regulação - FGV

Public Administration, which paved the way for overcoming traditional juspositivist thinking, based on rigid formulas, such as the biased view of the principle of legality. Next, the legal bases of consensuality and its legitimization in the national legal order will be exposed, as well as legal instruments that support the terms of management adjustment signed within the scope of the Court of Auditors of the State of Amazonas. The research method used was bibliographic review, with bibliographic and documentary research techniques.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legality, Consensuality, The court of auditors, Management adjustment terms

INTRODUÇÃO

A tradicional concepção de Estado Democrático Brasileiro se assenta nos postulados do princípio da legalidade, alçando o cidadão como destinatário da ordem jurídica e, um só tempo, como guardião da coisa pública, ainda que de forma indireta, por meio de instituições criadas para tal mister.

Ainda, sobreleva o crescente interesse e reivindicação da sociedade brasileira por melhoria na qualidade e elevação da quantidade dos serviços públicos prestados, o que implica, por si só, em exigência de maior efetividade e rigor na vigilância exercida sobre custos que pesam sobre o erário.

No bojo dessas transformações, somado à consolidação do viés pós-positivista do direito, que propõe a transcendência do olhar jurídico para além da lei em sentido formal, emergem alguns instrumentos alternativos, a exemplo da consensualidade, que se prestam a favorecer a absorção de uma cultura institucional de produção de resultados socialmente relevantes.

Nesse sentido, o presente artigo visa discutir o fomento de uma atuação da Administração Pública crescentemente resolutiva, com enfoque na celeridade, na ampliação da extrajudicialidade, em uma postura proativa, efetiva, voltada à redução da litigiosidade.

Destaca-se, que a adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos é uma tendência mundial e resulta da evolução da cultura de diálogo, da participação, e do consenso.

Sob o pálio das premissas acima, este artigo visa discutir a consensualidade como caminho viável ao saneamento de irregularidades envolvendo a ausência de realização de concurso público pelo Poder Público, haja vista que os objetivos da ordem jurídica, centralizado na ideia de justiça e interesse público, constituem direito fundamental da sociedade e do indivíduo e abrangem todas as esferas estatais, indo além para incorporar, também, o direito de acesso a outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução de conflitos e controvérsias, como garantia de proteção e efetivação de direitos e interesses individuais disponíveis, indisponíveis e sociais.

Nesse sentido, no primeiro momento, abordar-se-á a consensualidade no Estado Democrático de Direito, oportunidade em que serão tecidos breves comentários acerca do giro paradigmático da governança pública brasileira, que pavimentou o caminho percorrido para a superação do pensamento juspositivista tradicional, fincado em fórmulas engessadas, tal como o olhar enviesado do princípio da legalidade.

A seguir, serão expostas as bases legais da consensualidade e sua legitimação na ordem jurídica pátria, considerando a sua acomodação na atuação da Administração Pública.

Por fim, serão expostas algumas considerações acerca do papel da consensualidade nos Termos de Ajustamento de Gestão, celebrados pelo Tribunal de Contas do Estado do Amazonas.

O método de pesquisa utilizado foi o de revisão bibliográfica, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental sobre textos e artigos científicos que tratam do tema, além de apanhado jurisprudencial.

1. O GIRO PARADIMÁTICO DA ATUAÇÃO ESTATAL

Com o advento da era pós-moderna, trouxe em seu bojo modificações promovidas pelo fenômeno da globalização, consolidando o processo de neoconstitucionalização do direito, cujo marco histórico deu-se a partir da segunda metade do século XX, momento em que desponta a percepção de que o positivismo jurídico já não atendia às exigências sociais de justiça que, conquanto tenha se assentado em depurar o direito da moral, falhou na busca de segurança jurídica ao ordenamento jurídico.

Disso defluiu uma acentuada crise no exercício das funções estatais, na medida em que se elevava, de forma célere, a complexidade que atingia e ainda atinge as relações sociojurídicas entre a Administração Pública e os cidadãos, ou entre estes, em ritmo superior àquele desempenhado pelo legislador, implicando em acentuada dificuldade na prestação jurisdicional.

Sobreleva, nesse contexto, o déficit da atividade legislativa, que não foi capaz de acompanhar o ritmo das transformações sociais e a complexidade das reivindicações de uma sociedade plural, tornando ainda mais problemática, o que Binjenbojm (2014, p. 125) denominou de “crise da ideia de legalidade como parâmetro de conduta exigível de particulares e do próprio Estado”, porque o Estado Providência não foi capaz de atender a todas as necessidades postas (BINENBOJM, 2014, p.129).

Isso porque, conforme complementa o autor, é irrefutável a constatação de que os critérios formais de validade do direito acabaram por legitimar as maiores iniquidades do século XX, que criaram talvez a maior cicatriz da história.

Conforme assinala Ackerman (2009, p. viii):

o declínio do Estado Liberal é protagonizado pelo esgotamento de uma cultura que tinha na entronização das formas privadas de vida, no colonialismo e na expropriação do trabalho fabril sua face mais evidente.

(...)

O Estado constitucional surgiu como tentativa de gerar um novo postulado jurídico-político, substituindo a velha ordem privatista por uma fundada em princípios como a dignidade humana, o republicanismo e a supremacia política da soberania popular.

Na esteira desse entendimento, leciona Binenebojm (2014, p.130) que “o constitucionalismo é o grande vitorioso diante do colapso do legalismo”, “a lei perde seu protagonismo na criação do direito na medida em que se torna mais um dentre os diversos princípios que compõem o sistema constitucional”.

Diz-se concepção mais ampla, tendo em vista que o princípio da legalidade foi concebido com o Estado de Direito Liberal, no qual a lei é a fonte principal do direito. No entanto, com a constitucionalização do Direito Administrativo, o referido princípio passou por uma grande evolução, de modo que, atualmente, a atuação estatal não se submete somente à lei em sentido puramente formal, mas a todas as normas inseridas expressa ou implicitamente na Constituição (DI PIETRO, 2017, p.36).

É clássico o entendimento esposado por Mello (2015, p.77) de que “na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-lo nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela”.

Assim, “o administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição” e, em muitos casos, mesmo sem manifestação do legislador ordinário, diante da transmutação do princípio da legalidade “em princípio da constitucionalidade ou, mais propriamente, em princípio da juridicidade” (BARROSO, 2020, p.354).

Um dos fatores para essa mudança decorre da constatação de que a lei há muito tempo deixou de conter a solução para todos os problemas do Estado e dos indivíduos, por 05 razões expostas por Binebojm (2014), sintetizadas abaixo:

- 1) inflação legislativa, isto é, a produção demasiada de leis sobre qualquer assunto;
- 2) ao longo da história, a lei já foi usada como instrumento para embasar a prática de injustiças e barbáries;
- 3) A lei deixou de ser a mais importante forma da manifestação geral, em decorrência da supracitada constitucionalização do direito;
- 4) O surgimento de outros instrumentos normativos infralegais capazes de servirem, por si sós, de fundamento para a atuação administrativa; e

5) O protagonismo do Poder Executivo no processo legislativo, superando a tradicional separação de poderes.

Com o fenômeno da constitucionalização do direito, incluído o administrativo, evidencia-se a limitação do âmbito da discricionariedade da Administração Pública, que para além da finalidade, deve se pautar nos fins constitucionais, que traz a reboque, os princípios da eficiência, impessoalidade, indisponibilidade do interesse público, economicidade, etc.

Nas palavras de Binenbojm (2014, p. 133), “a atuação administrativa somente será válida, legítima e justificável quando condizente, muito além da simples legalidade, com o sistema de princípios e regras delineados pela Constituição 1988”, aí incluídos os direitos fundamentais.

A sofisticação das práticas administrativas deve-se, ainda, a uma pluralidade de fontes, sobretudo aquelas de hierarquia inferior, que se prestam a conferir atualidade às regras desse microsistema jurídico que vem evoluindo substancialmente para acompanhar as rápidas transformações verificadas após o segundo pós-guerra.

Cabe ressaltar, nesse sentido, o fortalecimento de instituições democráticas, o crescimento da participação cidadã em instâncias públicas, como imperativo do processo de redemocratização do país, ampliação das reivindicações de direitos sociais, portanto, uma crescente demanda e exigência por otimização da gestão pública e controle das despesas.

E é nesse cenário, que emerge a discussão da complexidade do atual direito administrativo, que se vê obrigado a enfrentar a relação dicotômica das prerrogativas da Administração Pública discricionariedade/poder sancionador, no bojo da qual traz à discussão a possibilidade de abertura à consensualidade da atuação estatal, que somente será possível por meio de uma visão renovada do interesse público, como imposição da realização dos direitos fundamentais, em face da qual deve se aferir a legitimidade dos acordos celebrados pela Administração Pública (ARAGÃO, 2005, p. 304), conforme abordados nos próximos itens deste artigo.

2. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

As bases do Estado tradicional se debruçam em instrumentos dotados de coercibilidade para fazer cumprir suas regras vocacionadas à pacificação social. No campo administrativo, observa-se uma ramificação jurídica, formada por um conjunto de

normas disciplinadoras da organização, do que se prestam a sancionar o administrado, para resguardar os bens e interesses públicos, fora dos limites do Direito Penal.

Desde 1988, é possível verificar uma crescente expansão da atuação da Administração Pública nos mais diversos segmentos da vida social, na defesa dos interesses públicos de variados matizes, todos amparados pelo texto constitucional, na estruturação democrática do Estado. A previsão de um capítulo próprio dedicado a ela (Título III, Capítulo VII da CF) é sintomático da relevância do seu marco jurídico-institucional, do qual se reputa como elemento fundamental no processo de desenvolvimento da sociedade brasileira (Grotti e Oliveira, 2020, p. 85).

Conforme leciona Guardia (2014, p. 774), “as opções políticas de determinado período histórico e a configuração do Estado são fatores relevantes para a tipificação de condutas no Direito Penal e no Direito Administrativo”, porque refletem as opções ideológicas e os bens jurídicos individuais e coletivos tutelados pelo Estado.

O Direito Administrativo sancionador pode incidir em diversos campos distintos, e a aplicação de suas normas administrativas punitivas exige processo administrativo ou judicial válido, e se orienta, em tese, pela inexistência de discricionariedade na aplicação da penalidade pelo administrador, de modo que, uma vez configurada a conduta antijurídica que a lei estabelece, não poderá ser aplicada pena diversa da cominada à infração.

Para Mello (2015, p. 871), a infração administrativa consiste no “descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa – ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera”.

O mesmo autor leciona, ainda, que entende por “sanção administrativa a providência gravosa em caso de incursão de alguém em uma infração (administrativa) cuja imposição é da alçada da própria Administração” (MELLO, 2015, p. 872).

A mais comum delas é a multa, que pode ser de natureza ressarcitória ou cominatória. A primeira que visa reparar a Administração de algum prejuízo que a ação ou omissão do administrado tenha lhe causado.

As prerrogativas legais conferidas à autoridade administrativa se inserem na confluência do princípio da indisponibilidade do interesse público, tomado como premissa argumentativa oponível à ideia de aparente renúncia à pretensão punitiva estatal.

Nesse sentido, segundo afirma Faria (2022, p. 273):

(..) há quem defenda ser possível interpretar que, segundo o princípio da indisponibilidade do interesse público, à administração pública seria defeso adotar instrumentos consensuais para satisfação das finalidades públicas. Inclusive, nos textos que versam sobre a consensualidade é comum verificar um item destinado à análise do princípio da indisponibilidade, quando não o artigo inteiro se volta ao estudo do referido princípio à luz da consensualidade.

O autor argumenta, ainda, que tal pensamento denota uma visão que encara a relação entre interesses públicos e privados como absolutamente independentes entre si, como se a administração não pudesse atender interesses individuais, tornando a indisponibilidade do interesse público uma barreira intransponível à realização de acordos administrativos.

Isso porque, o referido princípio é concebido de forma restritiva, unicamente a partir da coletividade em si mesma considerada e autônoma em relação aos indivíduos e, considerando a falsa compreensão de que a consensualidade se limita aos interesses do administrado, porque, em tese, é o beneficiário principal dos acordos que celebra com a Administração Pública.

A dualidade entre um regime tem como ponto central a controvertida incidência da discricionariedade do administrador. Conforme esclarece Palma (2015, p. 94):

Certamente, a relação discricionariedade/poder sancionador figura dentre as mais controversas do direito administrativo, uma vez que esse relacionamento potencializa a clássica dicotomia autoridade/liberdade, enquanto expressão da autoridade máxima do Estado, e dada a pluralidade de sentidos que a discricionariedade assume no âmbito da prerrogativa sancionatória. Três ordens de sentidos da discricionariedade pode ser assinalada na relação com o poder sancionador: (i) discricionariedade quanto à aplicação da sanção administrativa, após regular processo administrativo sancionador; (ii) discricionariedade quanto à celebração de acordos substitutivos de sanção administrativa; e (iii) discricionariedade quanto à delimitação e à aplicação da sanção administrativa, a qual se desdobra na eleição do tipo de sanção administrativa e na dosimetria da mesma.

No entanto, conforme se verá adiante e, somado à superação da visão limitante da atuação estatal (constitucionalização do direito administrativo e uma releitura do interesse público), as recentes mudanças desta ramificação jurídica têm evoluído para acomodar as práticas consensuais na prática administrativa, inclusive no plano normativo.

3. A CONSENSUALIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O paradigma jurídico do século XXI traz consigo a negociação, a mediação, a conciliação, as convenções processuais e as práticas restaurativas, despontando como instrumentos efetivos de pacificação social, de resolução e prevenção de litígios, controvérsias e problemas, cuja apropriada utilização em programas já implementados pela Administração Pública tem reduzido a litigiosidade administrativa e levado os envolvidos à satisfação, à pacificação e a não reincidência de condutas irregulares.

Ainda, tais institutos justificam-se pela importância da prevenção e da redução da litigiosidade, das controvérsias e dos conflitos envolvendo a Administração Pública e os particulares, notadamente aqueles de natureza coletiva, os quais podem ser resolvidos de forma célere, justa, efetiva e implementável.

Não por acaso, que vem ganhando força na construção do paradigma da atuação estatal moderna uma cultura da paz, que prioriza o diálogo e o consenso na resolução dos conflitos e de produção de resultados socialmente relevantes.

A título de exemplo, podemos citar a Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, assim como, a Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017, que dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro.

Segundo Di Pietro (2017, p. 47), “a consensualidade se insere como uma das formas de expressão da democratização da Administração Pública”, uma vez que “o consenso tem o mérito de reduzir o lado autoritário da administração pública”.

Isso porque, com a Constituição de 1988, optou-se por um modelo de Estado Democrático de Direito, em que duas ideias são inerentes: a concepção mais ampla do princípio da legalidade e a participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública.

Acerca da superação da superação da tripartição de Poderes, Bruce Ackerman (2012) pontua, quase três séculos depois, que já passou da hora de repensar a Santíssima Trindade de Montesquieu, diante do surgimento de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciárias ou executivas, mas que cada vez mais estão desempenhando papel relevante em governos modernos. Nesse sentido, cita-se as agências reguladoras, Ministérios Públicos e Tribunais de Contas e as Câmaras para Resolução de Conflitos.

Importa mencionar que referidos órgãos também fazem uso da consensualidade no exercício de suas funções, como os termos de ajustamento de conduta firmados pelos Ministérios Públicos e os termos de ajustamento de gestão firmados pelos Tribunais de Contas, este último será detalhado mais adiante.

Nesse contexto é que a consensualidade ganha *status* constitucional, pois à luz do princípio da eficiência, a imposição de sanções, muitas vezes, pode não ser a melhor alternativa para o caso, considerando o tempo de processo administrativo e judicial, além da execução até o cumprimento efetivo da sanção. Desse modo, uma composição com efeitos imediatos, reais e concretos pode ser a opção mais eficiente (GUERRA E PALMA, 2018, p. 143).

Moreira Neto (2003, p. 145) expõe, didaticamente, os benefícios da consensualidade em um Estado Democrático de Direito:

É inegável que o consenso como forma alternativa de ação estatal representada para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evitam os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).

A consensualidade ainda permite à Administração voltar-se para a coletividade em um novo modo de agir, não mais centrada sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como uma atividade aberta à participação da sociedade, a denominada administração dialógica (MEDAUAR, 2014, p. 211).

Assim, como dispõe Oliveira (2009), a Administração passa a valorizar, e até a privilegiar em algumas vezes, formas de gestão cujos instrumentos são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração, a conciliação e a transação, em matérias tradicionalmente ocupadas pela imperatividade.

Com efeito, a consensualidade está intrinsecamente relacionada à ideia de diálogo e debates que se espera de um Estado Democrático de Direito, em que todos participam ativamente para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Embora demonstrados os fundamentos, inclusive constitucionais, que legitimam a uso da consensualidade, deve ser dito que houve forte resistência e críticas quanto a adoção de meios consensuais pela Administração Pública em detrimento de suas

prerrogativas calcadas na supremacia e indisponibilidade do interesse público, conforme assinala Palma (2015, p. 61):

No que tange às prerrogativas públicas, o princípio da indisponibilidade impediria a renúncia total ou parcial de seus poderes. Em outros termos: as prerrogativas públicas, em princípio, não poderiam ser afastadas no caso concreto, devendo ser obrigatoriamente utilizadas no desenvolvimento da atividade administrativa, para satisfação do interesse público.

Partindo dessa premissa e de que a consensualidade presume concessões das partes envolvidas na questão, seria um paradoxo a Administração “negociar” o que ela não pode dispor?

Complementando o item anterior, para o autor, essa visão é falsa, já que a adoção da consensualidade pela Administração Pública não significa dispor do interesse público, pois este é inegociável, mas na escolha do meio (unilateral ou consensual) que será realizada determinada tarefa pública.

Na linha de defesa, encontramos ainda nas lições de Aragão (2005, p. 294) algumas razões para a conveniência de celebração de acordos pela Administração Pública. São elas:

- 1) O aumento do número de atividades reguladas pelo Estado, e, conseqüentemente, dos interesses públicos e privados envolvidos, aumenta demasiadamente a complexidade da qual as suas decisões devem se revestir, sendo bem mais seguro que as tome ponderadamente e em consenso com os particulares a serem por elas atingidos;
- 2) (...) Em se tratando de regulação de serviços públicos, considerando “o caráter triangular da relação jurídico-regulatória e a conseqüente incidência na zona de interesse de vastos setores sociais;
- 3) Para as maiores pretensões do Estado em intervir na vida social e econômica, os seus atos unilaterais, editados sem que possam despertar o “desejo de colaboração” do particular, podem não ser muito eficientes; e
- 4) A crise fiscal do Estado faz com que, se, por um lado, o Estado não tem mais condições de participar ativamente da vida econômica do país, por outro, não podendo ficar-lhe alheio, passa a intervir por meio de fomentos negociados com os agentes econômicos privados

Da análise argumentativa apresentada, observa-se a racionalidade ínsita ao princípio da proporcionalidade, porquanto centraliza a ponderação sobre as vantagens oferecidas pelo instituto da consensualidade em cotejo ao que não incide a negociabilidade. Para Faria (2022, p. 285):

Os acordos, na realidade, servem como instrumento para a administração melhor alcançar o interesse público (daí por que não haveria qualquer problema em relação à indisponibilidade). E isso por três principais motivos: (i) não há, a priori, uma diferença estabelecida de conteúdo ou finalidade dos acordos e dos atos administrativos unilaterais, tratando-se, isso sim, de uma diferença procedimental, de meios para a realização de determinado fim; (ii) os acordos tendem a ser mais eficientes, visto que há uma diminuição da probabilidade de descumprimento de seus termos por parte do particular envolvido na avença do que em relação a decisões administrativas tomadas unilateralmente; (iii) os acordos administrativos são frutos da valorização de direitos e valores consagrados constitucionalmente, como o devido processo legal e a proporcionalidade das decisões da administração pública, que representam, junto de outras disposições, o conteúdo do interesse público.

Guerra e Palma (2018, p.139) ainda exemplificam, no campo prático, quão vantajosa pode ser a celebração de acordos pelo Poder Público, ao comentarem que:

No setor de infraestrutura, por exemplo, concessionárias de serviço público, em alguns casos, deixam de pagar os valores decorrentes de multas aplicadas por agências reguladoras por não cumprir um plano de investimentos e expansão de redes. Ao invés de serem sancionadas pelo agente regulador, as concessionárias propõem – e firmam – um acordo para aplicação de valores em determinadas utilidades.

Digno de nota que, na seara penal, onde o *ius puniendi* é marcado pelo caráter irrenunciável, é possível verificar a aplicação de institutos de natureza negocial quando se trata de delitos considerados de menor potencial ofensivo, ou quando passível de cominação de penas restritivas de direitos.

Daí afirmar a viabilidade jurídica desses instrumentos e a sua utilização para a busca de maior eficiência. No entanto, cabe assinalar que a matéria carece melhor regulamentação.

No entanto, com a edição da Lei no 13.655, de 25 de abril de 2018, o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, doravante LINDB), foi alterado com a inclusão de dispositivo que, expressamente, cria um novo regime jurídico geral que autoriza o administrador público a promover negociações com particulares, por meio de acordos e compromissos visando pôr fim a irregularidade, incerteza jurídica e situações contenciosas. Trata-se do art. 26 da LINDB (BRASIL,1942), que possui a seguinte redação:

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 (...)

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.

Conquanto não haja um regulamento minucioso acerca do tema, a novel legislação representa as diretrizes gerais de permissivo genérico dos compromissos e ajustes no âmbito da Administração Pública. Entretanto, nada obsta a edição de norma específica voltada às minúcias do instrumento. Segundo Guerra e Palma (2018, p.147):

O grande mérito do compromisso previsto no art. 26 da LINDB é superar a dúvida jurídica sobre o permissivo genérico para a Administração pública transacionar. De modo claro e contundente a autoridade administrativa poderá firmar compromisso, ou seja, celebrar acordos. Para tanto, a LINDB criou uma espécie de acordo - o compromisso do seu art. 26 - e trouxe o mínimo regulamentar desta figura, com os requisitos de validade imprescindíveis à efetividade e à garantidos interesses gerais.

Sobre o regramento acima transcrito, opina Faria (2022, p. 291):

É interessante ressaltar que o tom de generalidade que caracteriza o art. 26 da LINDB possibilita não só que qualquer ente da administração pública possa realizar acordos, mas também sobre (em princípio) qualquer objeto e a qualquer momento. Assim, a administração está autorizada a firmar acordos tanto em processos administrativos como em processos judiciais, e tanto com cunho preparatório para a edição de algum ato administrativo posterior como também para diretamente substituir determinado ato administrativo unilateral que poderia ser editado pela administração.

Logo, para além da compatibilidade entre os instrumentos consensuais e o regime jurídico administrativo brasileiro, é possível afirmar que embora não haja uma regulamentação abrangente acerca do instituto, de modo uniformizar os pormenores do instituto, o art. 26 da LINDB é bastante, a priori, para amparar a celebração de compromissos com interessados/gestores públicos.

4. O INSTRUMENTO CONSENSUAL TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO

O Termo de Ajustamento de Gestão - TAG consiste num instrumento legal de compromisso público, por meio do qual a Corte de Contas ajusta com os jurisdicionados novas práticas de gestão para corrigir irregularidades verificadas durante a fiscalização.

O TAG se insere nas atuais tendências da Administração Pública, e é vocacionado à efetivação da eficiência. Ele representa o compromisso que o responsável pelas atividades da gestão pública assume, de caráter obrigatório, tendo o próprio instrumento a previsão de controle dos procedimentos e de correção de potenciais irregularidades.

Como cediço, a partir da promulgação da Constituição de 1988, o modelo de Tribunal de Contas foi reformulado, em comparação à ordem jurídica anterior, com significativa ampliação de suas competências³⁵ e reafirmação da relevância e *status* constitucional como Órgão de Controle Externo do Poder Legislativo. De modo a assegurar a autonomia funcional conferiu aos membros as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (art. 73, § 3º).

No seu mister de avaliar a observância do princípio da eficiência, o Tribunal de Contas do Amazonas tem desempenhado para além da estreita via do controle de legalidade de contas, imiscuindo-se na tarefa de instar os gestores públicos do Amazonas,

³⁵ De acordo com o art. 71 da Constituição Brasileira de 1988, o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

mediante uma atuação propositiva, por meio dos TAG's, para sentido de incentivar as boas práticas aos jurisdicionados, sem perder o foco do papel fiscalizatório e o controle externo.

A emergência dessa prática se verifica inclusive, em âmbito federal, na iniciativa da Controladoria Geral da União: no corpo do Decreto nº 9.830/2019, encontra-se minuta de instrução normativa elaboração pelo órgão, que dispõe sobre o Termo de Ajustamento da Gestão firmada entre o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal e órgãos e entidades avaliadas.

Segundo Corrêa (2021, p. 26), o Termo de Ajustamento de Gestão é um instituto *bypass* manejado pelos Tribunais de Contas como alternativa ao processo sancionador ordinário, ou seja, um meio alternativo de solução de uma situação por meio de um instituto concorrente.

Nesse sentido, não se vislumbra a incidência de direito subjetivo na celebração de uma TAG, porquanto ela será aplicada de forma concorrente com o modelo sancionador tradicional do processo de contas e poderá ser usado como faculdade, caso o órgão de controle entenda pela conveniência e oportunidade, para o alcance de um resultado efetivo, condicionado ao cumprimento de determinados requisitos por parte do jurisdicionado.

Conforme assinalado anteriormente, o tema ainda carece de regulação federal de seus pormenores estabelecendo normas gerais para melhor esclarecer os limites de aplicação do instituto e, assim, atenuar a resistência para a sua admissão no arcabouço jurídico vigente.

Ainda assim, muitas são as instituições públicas brasileiras que já instituíram e estão aplicando o instrumento consensual – TAG, a exemplo da Corte de Contas Amazonense que, por meio da Resolução n. 21, de 4 de junho de 2013, regulamentou o Termo de Ajustamento de Gestão – TAG – no Tribunal de Contas do Estado do Amazonas.

O referido diploma tem como lastro o disposto no art. 1º, inciso XXVII, da Lei Estadual n. 2.423, de 10 de dezembro de 1996 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas), acrescido pela Lei Complementar n. 120, de 13 de junho de 2013, que atribui competência ao Tribunal de Contas do Estado do Amazonas de firmar com os Poderes, órgãos ou entidades da Administração Pública Direta e Indireta sujeitos à sujeição.

De acordo com o §1º do art. 1º da sobredita Resolução (BRASIL, 2013), considera-se TAG

o instrumento de controle consensual que objetiva fixar, formalmente, tempo e modo adequado para o gestor jurisdicionado ajustar à Lei ato de gestão, individual, tido como irregular, em qualquer fase processual, sem prejuízo ao devido processo legal de instrução e julgamento das contas de gestão ou de outros atos e fatos não abrangidos na solução consensual bem como da definição de responsabilidades remanescentes.

Em complemento, é interessante ressaltar que, segundo o parágrafo seguinte (§ 6º) da Resolução n. 21 (BRASIL, 2013), em caso de cumprimento das determinações ajustadas na celebração do TAG, o Tribunal “registrará o saneamento das falhas, delas dando quitação ao responsável, fazendo publicar o registro no Diário Oficial Eletrônico, sem prejuízo de outras responsabilidades e do julgamento de mérito das contas correlatas”.

Cabe destacar o teor do § 3º do art. 2º do marco regulatório institucional (BRASIL, 2013), segundo o qual

a proposta de TAG pelo Tribunal não prejudica a competência discricionária do gestor para aceitá-la ou discuti-la previamente, nem implica juízo antecipado de mérito sobre as contas ou motivo impositivo da aprovação destas sem qualquer ressalva e sem definição de responsabilidades pelo mesmo ou outro fato de gestão.

Noutro giro, a detida análise de tais regras nos remete a considerar o caráter concorrente e subsidiário do direito administrativo sancionador à aplicação do instrumento. Isso porque, é preciso assinalar que a celebração do ato negocial apenas se dará quando o Administrador reputar viável o saneamento de irregularidades constatadas, assim como, deduz-se da própria normatização que em caso de descumprimento dos termos avençados, implicará na deflagração de procedimento próprio para persecução administrativa do jurisdicionado.

Com efeito, resta claro, nos campos normativo e prático, o espectro da utilização do instrumento consensual materializado no Termo de Ajustamento de Gestão que, repise-se, já é uma realidade consolidada na esfera de atuação da Administração Pública junto ao jurisdicionado. E entende-se, dado longo período que data a sua inserção na praxis administrativa, ressoa inarredável a urgência da edição de diploma federal, de caráter geral, para uniformizar a aplicação do instituto no país.

CONCLUSÃO

As expectativas sociais de uma nação mais justa e solidária pairam sobre as instituições públicas, razão pela qual estas não podem se omitir de atuar na plenitude de

suas atribuições, para a defesa obstinada e intransigente do Estado Democrático de Direito. O desafio é grande, e árdua é a missão de manter a postura escorreita que erigiu a Administração Pública ao patamar de gestor do interesse público.

Há um fio condutor que enreda o deslinde dos problemas, conflitos e controvérsias pela senda da resolutividade, transparência e integração. O Estado brasileiro não poderá mais por muito tempo deixar de atentar às mudanças dos ventos, para as exigências de novos parâmetros de atuação.

Faz-se premente assimilar que nos encontramos em plena transição da cultura do litígio para a cultura da pacificação. Tal imperativo decorre da própria noção de justiça e entrega de resultados socialmente relevantes aos cidadãos, atentando-se de que existem variadas descrições da realidade, evidenciadas para mais além do pendor mecanicista e linear que moldou crenças e paradigmas das bases do direito, de modo a combinar eficiência técnica ao bem-estar da coletividade.

Nesse sentido, iniciativas como os Termos de Ajuste de Gestão, enquanto instrumento de composição no controle das despesas públicas despontam como caminho viável à redução da litigiosidade, e convergem para a consolidação de uma cultura de entrega de resultados socialmente relevantes.

Por óbvio, é preciso superar os cânones sobre as quais se sustentam a visão tradicional da atuação estatal, pautada pelo enviesado princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público para alçarmos ao novo paradigma de Administração Pública consensual, nos limites legais.

Conforme abordado, foi possível observar, que o arquétipo do Estado Brasileiro se assentou, inicialmente, em bases juspositivistas, sobre as quais se consolidaram os dogmas do princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

No entanto, o espírito impulsionador do movimento constituinte de 1988, com elevado comprometimento com a bandeira da democracia e os (novos) direitos, não só inaugurou uma nova ordem jurídica, como também foi responsável pela difusão e ampla conscientização coletiva quanto aos seus direitos e o modo de exercê-los.

A partir de então, verificamos um gradual aperfeiçoamento da atuação estatal, buscando reafirmar, cada vez mais, a vocação da promoção do interesse público, sobretudo na otimização dos instrumentos de controle e gestão das despesas públicas.

Disso defluiu a emergência da consensualidade enquanto novo paradigma para a satisfação das finalidades públicas, que se materializa, conforme demonstrado, por meio da celebração de instrumentos de natureza negocial, como é o caso dos Termos de

Ajustamento de Gestão, que se insere na nova onda renovatória do direito fincada na célere autocomposição de litígios administrativos e no incentivo às boas práticas aos jurisdicionados, em uma necessária releitura do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas.

Por óbvio, a defesa do instrumento perpassa necessariamente, pelas seguintes argumentações: transmutação do regime jurídico-administrativo, o qual passou por diversas transformações, sobretudo o de constitucionalização a partir de 1988, que permitiu a superação da estreita via da concepção tradicional dos princípios da legalidade e o da indisponibilidade do interesse público.

Ainda, a crescente consolidação do consensualismo como tendência atual na Administração Pública, como aposta em instrumento vocacionado à eficiência no controle das despesas públicas como forma de incutir boas práticas aos gestores públicos, transcende o modelo sancionador tradicional, aqui protagonizado pelos Tribunais de Contas Estaduais.

Por meio desta pesquisa, infere-se que os termos de ajustamento de gestão, conquanto careça de regulamentação em nível federal, não pode ficar à margem da prática administrativa brasileira, que pode e deve se reinventar à luz de uma visão mais abrangente do interesse público sobre a otimização da tutela do patrimônio público, sem perder de vista o caráter facultativo do instrumento, sob pena de malversação do instituto e afronta à impessoalidade administrativa.

A corroborar a premissa acima, é possível observar a adoção de instrumentos consensuais há pelo menos 10 (dez) anos, a exemplo da Resolução Nº 21, de 4 de julho de 2013, que regulamentou o Termo de Ajustamento de Gestão - TAG – no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas.

A partir da análise do teor do referido diploma, verifica-se que não prospera o argumento contrário à medida, sob o pretexto de se estar admitindo a violação ao regime jurídico administrativo. Isso porque, nele contém expressa previsão do caráter subsidiário da persecução administrativa (pretensão punitiva) em caso de descumprimento dos termos avençados com os gestores públicos, destacando-se ainda, que a aplicação do TAG não é cabível todas as situações que desbordam em irregularidade.

Por fim, verifica-se que as bases do direito administrativo pátrio são compatíveis com adoção de instrumentos de natureza consensual/negocial que, para além de respeitar limites impostos pelo interesse público diante de casos de graves ilegalidades, o instituto

permite reduzir a imposição unilateral e autoritária de decisões para valorizar a participação dos administrados mediante a modulação de condutas dos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Good-bye Montesquieu. **Comparative Administrative Law**. Susan Rose-Ackerman e Peter L. Lindseth (org.). Edward Eugar Publishing. 2012.

ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação dos Poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009.

AMAZONAS. Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (TCE/AM). Resolução 21 de 4 de julho de 2013. **Regulamenta o Termo de Ajustamento de Gestão -TAG – no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas**. Disponível: https://transparencia.tce.am.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/RESOLU%C3%87%C3%83O-N%C2%BA-21_2013.pdf. Acesso em 13 jan. 2023.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos**. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 42, n. 167, p. 293-310, jul./set. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 jan. 2024.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Direito Brasileiro**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em 14 jan. 2024.

CORRÊA, Luiz Antônio Santiago. **Tribunais de Contas e Termo de Ajustamento de Gestão o consensualismo no direito administrativo sancionador de contas.** In Revista Caderno Virtual: Sistema de precedentes e a coerência do direito: em busca da segurança jurídica. v. 2 n. 51 (2021), p. 246-266.

Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Resolução Nº 118, de 1º de dezembro de 2014.** Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118-1.pdf>. Acesso em 15 jan. 2023.

Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Recomendação Nº 54, de 28 de março de 2017.** Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>. Acesso em 15 jan.2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FARIA, Luzardo. **O papel do princípio da indisponibilidade do interesse público na administração pública consensual.** In Revista Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 281, n. 3, p. 273-3-2, set/dez 2022.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas.** São Paulo: Malheiros, 2001.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Artigo 26 da LINDB:** Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. Rev. Direito Adm., Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Direito administrativo sancionador brasileiro:** breve evolução, identidade, abrangência e

funcionalidades. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. **Princípios processuais no Direito Administrativo Sancionador**: Um estudo à luz das garantias constitucionais. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 109, p. 773-793, jan/dez.2014, p. 774.

MANGANARO, Francesco. **Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. 3^a ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos institutos consensuais da ação administrativa**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWNKA, Cristiane. **A administração consensual como a nova face da administração pública no Séc. XXI**: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan/dez.2009, p. 310.

PALMA, Juliana Bonacorsi. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 24, 2011.