



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO NO ÂMBITO
PROCESSUAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Alexander Emoski Barbosa Rossino

Rio de Janeiro
2019

ALEXANDER EMOSKI BARBOSA ROSSINO

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO NO ÂMBITO
PROCESSUAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2019

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO NO ÂMBITO PROCESSUAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Alexander Emoski Barbosa Rossino

Graduado pela Faculdade
Presbiteriana Mackenzie - Rio de
Janeiro. Advogado. Engenheiro.
Mestre em Engenharia de Produção.
Auditor do Tribunal de Contas da
União.

Resumo – O presente trabalho pretende discutir as principais características e vantagens dos métodos de conciliação e mediação na solução de conflitos em relação aos meios tradicionalmente empregados no âmbito processual do Tribunal de Contas da União, a exemplo do Termo de Ajustamento de Gestão. Constatou-se faticamente uma inexistência de previsão legal expressa na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCU, no que tange ao uso dos meios alternativos de solução de conflitos, fruto de uma visão mais ampla advinda do Novo Código de Processo Civil de 2015. Nesse sentido, busca-se defender a necessidade de revisão da Lei Orgânica e Regimento Interno do Tribunal de Contas da União de forma a regulamentar o uso de métodos de conciliação e mediação como meios extrajudiciais eficazes e eficientes de solução de conflitos, a exemplo do Termo de Ajustamento de Gestão, consoante novas diretrizes trazidas pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, com base em casos concretos de processos do Tribunal de Contas da União que comprovam a efetividade e vantagens dos métodos de conciliação e mediação como meios extrajudiciais eficazes e eficientes de solução de conflitos no âmbito processual do Tribunal de Contas da União, em detrimento aos meios tradicionalmente utilizados.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Direito Processual Civil. Métodos alternativos de solução de conflitos. Termo de Ajustamento de Gestão.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias quanto ao uso do Termo de Ajustamento de Gestão no âmbito processual do Tribunal de Contas da União. 2. Alternativas existentes para a solução de conflitos no âmbito dos processos no TCU. 3. Da possibilidade jurídica de novas formas de resolução de conflitos à luz do Novo Código de Processo Civil e a prevalência do TAG como método alternativo de solução de conflitos no âmbito processual do TCU. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado tem o intuito de introduzir os métodos da conciliação e mediação como meios extrajudiciais eficazes e eficientes de solução de conflitos, expor suas características principais e vantagens em relação aos meios tradicionalmente empregados no âmbito processual do Tribunal de Contas da União (TCU). Busca referenciá-los no contexto de sua inclusão em uma visão mais ampla, advinda do Novo Código de Processo Civil de 2015, que vise não só à prevenção, mas a promoção de

soluções e tratamento adequado dos conflitos, utilizando-se de estudos de casos concretos, a exemplo dos seguintes processos: TC 012.285/2016-1 (Auditoria com objetivo de avaliar a conformidade da gestão dos imóveis das universidades federais localizadas no Estado do Rio de Janeiro, de relatoria do Exma. Ministra Ana Arraes) e TC 015.072/2017-7 (Monitoramento da determinação constante do item 9.5 do Acórdão 494/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Exmo. Ministro Augusto Nardes), de forma a incentivar a auto composição, por meio de conciliações e mediações, ciente da necessidade de regulamentação específica, a exemplo do Termo de Ajustamento de Gestão (TAG).

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o uso do TAG em processos no âmbito do TCU é válido, a ponto de justificar revisão da Lei Orgânica e Regimento Interno da Corte de Contas Federal.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre é delicado o emprego da conciliação e mediação em procedimentos administrativos, diante da preservação do interesse público e salvaguarda das funções administrativas. Ademais, não há lei que autorize essa modalidade de solução de conflito no âmbito da Administração Pública Federal, pois nem a Lei nº 8.112/90 nem a Lei nº 9.874/99 fazem referência à conciliação. Assim, é necessário refletir sobre essa importante modalidade de solução de conflitos na esfera da gestão pública, de forma a privilegiar a eficiência e a celeridade processual e não o litígio.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as controvérsias quanto ao uso do TAG no âmbito processual do TCU, ponderando a respeito das alternativas já existentes para a solução de conflitos no âmbito dos processos no TCU.

No segundo capítulo, trata-se a respeito da possibilidade jurídica de novas formas de resolução de conflitos à luz do atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) e suas implicações no âmbito processual do TCU.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de aplicação do TAG como método alternativo de solução de conflitos no âmbito processual do TCU. Procura-se explicitar como é possível aplica-lo, tendo em vista casos concretos. Para tanto, foi necessário refletir se, de fato, o TAG reflete os anseios do CPC/15 como meio extrajudicial eficaz e eficiente de solução de conflitos, expondo, em caso afirmativo, suas características principais e vantagens em relação aos meios tradicionalmente empregados no âmbito processual do Tribunal de Contas da União.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. CONTROVÉRSIAS QUANTO AO USO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO NO ÂMBITO PROCESSUAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.140/2015¹) traz consigo o incentivo aos métodos alternativos e consensuais de solução de conflitos, mormente a auto composição. Tal diretriz impacta a Administração Pública no que tange ao princípio da eficiência, no qual pretende-se criar uma lógica de atuação do agente público baseada em resultados eficazes, efetivos e céleres, quando da prestação dos serviços públicos.

É nesse contexto que surge o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG), cujo escopo é a busca da solução consensual diante de uma irregularidade no campo do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas.

Em que pese a instituição do TAG possua um propósito inicialmente coerente à ordem jurídica, verifica-se, na prática, que tal instituto ainda encontra resistência quanto ao seu emprego nos Tribunais de Contas pátrios, diante da omissão na regulamentação interna das Cortes de Contas.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, o instituto do TAG foi empregado em resolução de conflitos, à revelia da não regulamentação específica em regimento interno, mas sim com base na legislação processual civil, na doutrina administrativista e sobretudo com base no princípio da eficiência, à luz da efetividade no controle externo a ser exercido. Observou-se que, em determinados casos, o TAG cumpre com os atributos da eficiência e celeridade, se mostrando uma alternativa viável à punição pura e simples.

São distintas as terminologias utilizadas pelas regulamentações internas (regimento interno e resoluções) dos Tribunais de Contas para se referir ao instituto em tela, tais como: Termo de Ajuste de Gestão, Termo de Ajustamento de Gestão, Termo de Ajustamento de

¹ BRASIL. *Novo Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/_ato2015-2019/2015/lei/13105.htm> Acesso em: 11 mar. 2019.

Conduta, entre outras. Para melhor desenvolvimento deste artigo, convencionou-se o uso da nomenclatura Termo de Ajustamento de Gestão (TAG), termo este usado no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU).

O TAG nada mais é do que um acordo celebrado entre o Tribunal de Contas e os seus jurisdicionados (aqueles que prestam contas), com base em termos propostos pelo próprio jurisdicionado (responsável por agir, prazo, metas, etc..). O TAG², em linhas gerais, consubstancia um acordo de vontades entre controlador e controlado, que, diante da inobservância de princípios e regras constitucionais e legais, de procedimentos, do não alcance de políticas estabelecidas – condutas essas sujeitas a sanção –, pactuam objetivos a serem cumpridos, correção de rumo a ser implementada, e que o descumprimento resulta na aplicação de sanção.

Originariamente, Luciano Ferraz³ afirma que o TAG, como instituto jurídico-administrativo, 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.

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, por meio da Resolução nº 59/2017⁴, conceituou o instituto no art. 2º:

Considera-se Termo de Ajustamento de Gestão o instrumento de controle vocacionado à adequação e regularização voluntária de atos e procedimentos administrativos sujeitos à fiscalização do Tribunal, mediante a fixação de prazo razoável para que o responsável adote providências ao exato cumprimento da lei, dos princípios que regem a administração pública e das decisões não definitivas emanadas deste Tribunal.

Além do CPC/15⁵, o fundamento jurídico do TAG decorre da redação do art. 71, inciso IX, da Carta Maior⁶, que permite interpretações no sentido de possibilitar que o Tribunal de Contas estabeleça prazo ao controlado, que deve sanar a irregularidade, mesmo que este prazo surja por meio de um acordo. Ademais, sustenta-se ainda que a teoria dos poderes implícitos também legitimaria a inserção do TAG pelos Tribunais de Contas, cuja

² BARROSO FILHO, A. A. Avaliação do termo de ajuste de gestão como instrumento do controle consensual da administração pública. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 6, n. 11, 2014. p.391-415.

³ FERRAZ, L. 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, 2010. p. 205-214.

⁴ BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Resolução nº 59/2017*. Disponível em: <<https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/resolucao-n-59-de-1%C2%B0-de-fevereiro-de-2017/297562/area/249>> Acesso em: 16 mar. 2019.

⁵ BRASIL. op. cit., nota 1.

⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 11 mar. 2019.

regulamentação viria do próprio Tribunal.

Até o momento, são essas as cortes de contas brasileiras que incorporaram o TAG em seus regimentos internos: Tribunal de Contas do Estado de Goiás (TCE/GO), Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (TCE/SE), Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG), Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (TCE/RN), Tribunal de Contas de Mato Grosso (TCE/MT), Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (TCE/AM), Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR), Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE/PE), Tribunal de Contas do Estado do Acre (TCE/AC), Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará (TCE/PA), Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul (TCE/MS), Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCE/ES), Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), e Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE/RS).

Apesar da discussão levantada em 2012 no TCU acerca de seu regimento interno, em que se discutiu a possibilidade de adoção do TAG, à época não houve decisão favorável à adoção do instituto. Porém diante de Acórdãos do Plenário prolatados após o advento do CPC/15 determinando a celebração do TAG, a exemplo dos seguintes processos: (i) TC 012.285/2016-1 (Auditoria com objetivo de avaliar a conformidade da gestão dos imóveis das universidades federais localizadas no Estado do Rio de Janeiro, de relatoria do Exma. Ministra Ana Arraes) e TC 015.072/2017-7 (monitoramento de determinação do TCU, de relatoria do Exmo. Ministro Augusto Nardes), passou-se a admitir o emprego do termo mesmo diante de uma omissão de regulamentação interna específica.

De acordo com Cláudia Costa Araújo e Marília Souza Diniz Alves⁷, o TAG é norteado por três princípios: consensualidade, voluntariedade e boa-fé. A consensualidade impõe que, se possível, os conflitos com a administração sejam resolvidos pela via do consenso; a voluntariedade impõe que as partes devem participar do procedimento de forma livre e voluntária; e a boa-fé impõe conduta proba.

Uma vez aprovado em sessão plenária, assinado e publicado no Diário Oficial, o TAG passa a constituir título passível de execução extrajudicial e suspende a aplicação de penalidades ou sanções, conforme condições e prazos nele previstos.

A legislação dota o Tribunal de Contas da União de forte instrumental punitivo e possibilita também ações preventivas, no campo das recomendações, que são frágeis e de

⁷ ARAÚJO, C. C.; ALVES, M. S. D. Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno. *Revista do TCEMG*, Belo Horizonte, v. 84, n. 3, 2012. p.81-92.

pouca eficácia. Assim, o Tribunal concentrava suas ações no foco da punição, que basicamente condena o autor das irregularidades apuradas, mas não protegia a sociedade nem a população contra as más práticas de gestão e a pouca efetividade. A punição ocorre depois da prática do ato e nem sempre significa que o dano causado à população seja reparado. O Termo de Ajustamento de Gestão é um novo instrumento legal que possibilita a atuação efetiva do controle externo no campo da prevenção, de forma ordenada e com contornos claros, para evitar a má prática de gestão.

Como dito anteriormente, o TAG insere-se no contexto do controle consensual, de uma relação de colaboração entre controlador e controlado. A resposta a ser obtida deixa de ser os meros sim ou não para o questionamento acerca do cumprimento de leis e regras, e alcance de objetivos. De acordo com Daniela Zago⁸, o TAG apresenta-se como mecanismo moderno de controle, com função de diagnosticar rapidamente as irregularidades e ao mesmo tempo dar as soluções, em comum acordo entre as partes.

Ora, ainda que não previsto na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCU, o mecanismo do TAG funcionando como instrumento de negociação para o ajuste da conduta do gestor aos parâmetros legais, tem sua admissibilidade em interpretação do art. 3º, §§ 2º e 3º c/c art. 15, todos do CPC/15⁹, em consonância com os princípios da primazia do mérito, celeridade, oralidade, flexibilidade processual e razoável duração do processo, admitindo a metodologia assemelhada à conciliação.

No TAG, assegura-se, desde logo, o compromisso dos responsáveis na solução dos problemas encontrados, desse modo, busca-se transformar a cultura da decisão unilateral e vertical em cultura de soluções ajustadas e calibradas pelos próprios responsáveis por sua implementação. De modo a trazer diversos benefícios ao controle externo, a exemplo de: (i) soluções construídas basicamente pelo gestor; (ii) aumento da legitimidade do TCU, uma vez que costuma receber críticas sob a alegação de estar ocupando o lugar do gestor; (iii) redução de custos diretos e indiretos na resolução dos conflitos; (iv) maior comprometimento do fiscalizado, que deixa de adotar uma posição refratária perante o órgão de controle e passa a encará-lo como parceiro; (v) redução do tempo de reação do órgão para início da adoção das medidas; (vi) desnecessidade de instauração de um processo destinado a acompanhar a elaboração de planos de ação.

⁸ CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Um breve diagnóstico sobre a utilização do termo de ajustamento de gestão pelos Tribunais de Contas estaduais. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, v.11, n.58, 2009. p.243-251.

⁹ BRASIL. op. cit., nota 1.

2. ALTERNATIVAS EXISTENTES PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO PROCESSUAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O presente capítulo pretende apresentar os mecanismos preventivos e repressivos de combate as más práticas de gestão existentes na Corte, estabelecendo-se as devidas diferenciações entre os institutos atualmente existentes e normatizados.

A prevenção é uma forma relevante de lidar com a problemática da má gestão, já que é muito mais fácil evitar a ocorrência de determinadas práticas do que identificá-las após terem sido realizadas e combatê-las efetivamente. São os seguintes mecanismos preventivos:

Quanto aos atos praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, ao TCU compete recomendar a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho e acompanhar o cumprimento dessas recomendações em processos de monitoramento.

Quanto às falhas formais que não tenham ensejado multa, determinação ou recomendação, ao TCU compete dar ciência aos órgãos, entidades ou unidades jurisdicionadas sobre a impropriedade ou falha identificada no objeto no qual se verificou a ocorrência, em que afronta o dispositivo legal ou normativo, ou até mesmo a jurisprudência infringida, com vistas à adoção de providências internas que previnam a ocorrência de outras semelhantes.

Já a auditoria operacional ou de desempenho ou rendimento é o processo de coleta e análise sistemáticas de informações sobre características, processos e resultados de um programa, atividade ou organização, com base em critérios fundamentados, com o objetivo de aferir o desempenho da gestão governamental, subsidiar os mecanismos de responsabilização por desempenho e contribuir para aperfeiçoar a gestão pública.

A competência para realizar auditorias operacionais foi atribuída ao TCU pela Constituição de 1988 (artigo 71, inciso IV¹⁰). A auditoria operacional tem como objetivo avaliar o desempenho das organizações, programas e atividades governamentais, sob diferentes dimensões, como a eficiência, a eficácia, a efetividade, a economicidade, a equidade, entre outras. O exame do desempenho exige que as equipes aliem técnicas qualitativas e quantitativas para produção de evidências. A análise envoltória de dados pode contribuir para que as auditorias realizadas pelo TCU avancem no uso de técnicas quantitativas de exame da eficiência.

Por sua vez, o levantamento é o instrumento de fiscalização, previsto no art. 238 do

¹⁰ BRASIL. op. cit., nota 6.

Regimento Interno do TCU¹¹, mais adequado para: conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional dos Poderes da União, incluindo fundos e demais instituições que lhe sejam jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais no que se refere aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais; identificar objetos e instrumentos de fiscalização; e avaliar a viabilidade da realização de fiscalizações.

Por outro lado, existem os mecanismos repressivos de combate às irregularidades de gestão, ou seja, aqueles que podem ser utilizados após a ocorrência de determinadas práticas dadas como irregulares que geraram danos ao erário. A atuação repressiva do TCU tem por escopo a responsabilização do agente na esfera administrativa. As medidas repressivas abrangem a perfeita identificação dos responsáveis e o ressarcimento ao erário. Vale ressaltar que as medidas de responsabilização, para que sejam eficazes, devem ser acompanhadas da respectiva reparação.

Nesse sentido, as determinações emitidas pelo TCU são expedições de comandos coercitivos para adoção de providências corretivas que deverão, necessariamente, ser adotadas pelos jurisdicionados, sob pena de multa, caso descumpridas.

As determinações são expedidas com prazo definido para cumprimento e comunicação ao Tribunal das medidas adotadas ou, excepcionalmente, no caso de situações mais complexas, para apresentação de plano de ação com vistas a sanear o problema verificado.

A determinação para elaboração e apresentação de plano de ação segue modelos pré-determinados pelo TCU, além de exigir que sejam especificados o seguinte: as ações a serem adotadas para tratamento dos problemas identificados; os responsáveis pelas ações e os prazos para implementação.

Outro mecanismo adotado é a auditoria de conformidade, a qual consiste na avaliação independente para determinar se um dado objeto está em conformidade com normas aplicáveis identificadas como critérios. As auditorias de conformidade são realizadas para avaliar se atividades, transações financeiras e informações cumprem, em todos os aspectos relevantes, as normas que regem a entidade auditada.

O último mecanismo repressivo, porém, não menos importante é o Termo de Ajustamento de Gestão. O TAG nada mais é do que um acordo celebrado entre os Tribunais de Contas e os seus jurisdicionados (aqueles que prestam contas). O TAG, em linhas gerais,

¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regimento Interno*. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/regimento-interno.htm>> Acesso em: 16 mar. 2019.

consubstancia um acordo de vontades entre controlador e controlado, que, diante da inobservância de princípios e regras constitucionais e legais, de procedimentos, do não alcance de políticas estabelecidas – condutas essas sujeitas a sanção –, pactuam objetivos a serem cumpridos, correção de rumo a ser implementada, e que o descumprimento resulta na aplicação de sanção.

O fundamento jurídico do TAG decorre da redação do art. 71, inciso IX, da Carta Maior¹², que permite interpretações no sentido de possibilitar que o Tribunal de Contas estabeleça prazo ao controlado, que deve sanar a irregularidade, mesmo que este prazo surja por meio de um acordo, bem como do CPC/15¹³ no que tange aos métodos alternativos para solução de conflitos. Além disso, o instituto tem por fundamento constitucional o princípio da eficiência, que demanda a substituição do controle-sanção pelo controle consenso nos casos em que este se demonstrar mais econômico e eficaz.

A novidade trazida pelo Termo de Ajustamento de Gestão é a inserção da consensualidade na resolução do problema associada à participação ativa do órgão controlado. Ao invés de as ações corretivas serem impostas de forma unilateral pelo órgão de controle, são decididas de forma dialógica.

Em que pese muitos Tribunais de Contas dos Estados contarem com o TAG em suas estruturas internas, e do amplo e majoritário apoio da doutrina para a aplicação do instituto, o TCU ainda não formalizou os limites para a sua aplicação no âmbito da Corte Federal por meio de regulamentação específica.

3. DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE NOVAS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A PREVALÊNCIA DO TAG COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO PROCESSUAL DO TCU

O Termo de Ajustamento de Gestão consiste num mecanismo de controle de gestão, baseado no modelo gerencial de administração, que permite que o órgão controlador, no caso de irregularidades detectadas na gestão pública, ao invés de simplesmente punir o gestor trace, de forma consensual, ações corretivas destinadas ao alcance da finalidade pública.

A assinatura do Termo de Ajustamento de Gestão suspende a aplicação de penalidades ou sanções aos gestores para que estes, em prazos e condições preestabelecidos, regularizem atos e procedimentos, sendo que o descumprimento das condições e prazos gera

¹² BRASIL. op. cit., nota 6.

¹³ BRASIL. op. cit., nota 1.

rescisão automática do Termo e a conseqüente sanção.

O tema é abordado por Luciano Ferraz¹⁴, *in verbis*:

A ideia fundamental subjacente ao modelo proposto foi a alteração da lógica dos mecanismos de controle, que deixam de ser visualizados numa vertente estritamente sancionatória – visão típica do Direito concebido como ordem de coerção –, para se afirmar como meio de pacificação negociada das controvérsias na ordem interna, na conformidade do que preceitua o Preâmbulo da Constituição da República de 1988.

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

Em suma, pode-se dizer que o TAG é um instituto consensual utilizado no controle da administração pública e que se destina a guiar o gestor a bons resultados, de forma que se os órgãos de controle interno ou externo verificarem irregularidades na gestão poderão, consensualmente com o órgão controlado, fixar ações corretivas destinadas ao alcance de um resultado eficiente, ao invés de meramente impor ações sancionatórias.

A partir da década de setenta, o Direito Administrativo vivenciou a transição do modelo burocrático de administração para o modelo gerencial. O modelo burocrático caracterizava-se pela adequação dos meios e pelo atendimento dos procedimentos, enquanto o novo modelo passava a priorizar a eficiência e os resultados e pretendia atender as novas demandas da Administração Pública.

O apego à formalidade era substituído pelo foco nos resultados e na eficiência, tendo em vista que se percebeu que estes objetivos, basilares nas relações privadas, eram mais eficazes para a prestação dos serviços do que as normas presentes no padrão burocrático weberiano.

Com foco neste controle de gestão, a comunidade jurídica vem pensando formas de permitir que a Administração faça um controle de resultados destinado a verificar se o Estado está sendo eficiente e, neste contexto, foi criado o Termo de Ajustamento de Gestão.

No Brasil, o TAG ainda não foi disciplinado de forma explícita em legislação específica, porém alguns dispositivos fundamentam a sua utilização, a saber: inciso IX do art. 71 da CR/88, o art. 74 da Constituição¹⁵ o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985 (Lei de

¹⁴ FERRAZ, L. op. cit., p.207.

¹⁵ BRASIL. op. cit., nota 6.

Ação Civil Pública¹⁶) e o § 1º do art. 59 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁷).

Com o advento do atual Código de Processo Civil¹⁸ (Lei nº 13.105/2015) verifica-se a ampla instigação a autocomposição por meio de solução consensual de conflitos, objetivando a realização de conciliação e mediação, tendo como princípio basilar a primazia do mérito.

A novidade trazida pelo Termo de Ajustamento de Gestão é a inserção da consensualidade na resolução do problema associada à participação ativa do órgão controlado. Ao invés de as ações corretivas serem impostas de forma unilateral pelo órgão de controle, seja interno, seja externo, são decididas de forma dialógica, conforme asseveram Cláudia Costa Araujo e Marília Souza Diniz Alves¹⁹, a saber:

A solução negociada dos conflitos convida o jurisdicionado a assumir um papel ativo no controle, deixando de ser mero espectador, uma vez que fica evidente que a punição não é tão eficaz para melhorar a gestão.

A construção consensual baseia-se na rememorada técnica grega da dialética, entendida como arte de trabalhar com opiniões opostas, que instaura entre elas um diálogo, confrontando-as, no sentido de um procedimento crítico. Tem por base a prudência, virtude que pondera, sopesa os diversos argumentos para ao final formular

um acordo de forma equilibrada. Se trata de reconduzir todo juízo, com apoio em valorações topicamente argumentadas, a uma plausibilidade que se apresenta como racionalidade social evidente.

É imprescindível que a Administração atue proativamente em função de verificar e corrigir seus atos, bem como de punir seus infratores, mas também cabe a ela o empenho de viabilizar o pleno e salutar exercício dos atos.

A disseminação dos TAGs ainda é incipiente, mas está acontecendo em nível nacional. Até o presente momento, metade dos Tribunais de Contas Estaduais já incorporaram o TAG em seus regimentos internos. Os demais ainda estão em fase de implementação ou em vias de regulamentação própria.

No caso específico do Tribunal de Contas da União, em que pese a decisão desfavorável ao uso do TAG em 2012, com o advento do atual Código de Processo Civil de 2015, novos rumos parecem traçados e já foram prolatados 2 (dois) acórdãos passando a admitir o emprego do TAG, mesmo diante de uma omissão de regulamentação interna

¹⁶ BRASIL. *Lei da Ação Civil Pública*. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm> Acesso em: 11 mar. 2019.

¹⁷ BRASIL. *Lei de Responsabilidade Fiscal*. Lei complementar 101, de 4 de março de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm> Acesso em: 11 mar. 2019.

¹⁸ BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁹ ARAÚJO, C. C; ALVES, M. S. D. op. cit., p.82-90.

específica.

Mesmo diante de uma omissão de regulamentação interna específica, seja pela Lei Orgânica, seja pelo Regimento Interno, o TCU admitiu o emprego do TAG em dois casos específicos, a saber: (i) TC 012.285/2016-1 (Auditoria com objetivo de avaliar a conformidade da gestão dos imóveis das universidades federais localizadas no Estado do Rio de Janeiro, de relatoria do Exma. Ministra Ana Arraes) e (ii) TC 015.072/2017-7 (monitoramento da determinação constante do item 9.5 do Acórdão 494/2017-TCU-Plenário²⁰, de relatoria do Exmo. Ministro Augusto Nardes).

No primeiro processo a respeito da gestão dos imóveis das universidades federais localizadas no Estado do Rio de Janeiro, buscou-se transformar a cultura da decisão unilateral e vertical em cultura de soluções ajustadas e calibradas pelos próprios responsáveis por sua implementação. De modo a trazer diversos benefícios ao controle externo, a exemplo de: (i) soluções construídas basicamente pelo gestor; (ii) aumento da legitimidade do TCU, uma vez que costuma receber críticas sob a alegação de estar ocupando o lugar do gestor; (iii) redução de custos diretos e indiretos na resolução dos conflitos; (iv) maior comprometimento do fiscalizado, que deixa de adotar uma posição refratária perante o órgão de controle e passa a encará-lo como parceiro; (v) redução do tempo de reação do órgão para início da adoção das medidas; (vi) desnecessidade de instauração de um processo destinado a acompanhar a elaboração de planos de ação.

No caso em tela, a solução do problema envolvia diversos órgãos, pois se tratava de solucionar a situação cartorária de terreno tido como da UFRJ, no qual está instalado o prédio da Reitoria e algumas salas de aula da UNIRIO. A falta de titularidade trazia para UNIRIO diversos problemas decorrentes da insegurança jurídica, a exemplo da impossibilidade de obter o “habite-se”, realizar edificação de benfeitorias e, ainda, a qualquer momento, ver reivindicada a posse do imóvel pelo proprietário. Assim, foi celebrado um termo (ata) por meio de uma mediação/conciliação, a qual envolveu, além dessas duas universidades, a SPU/RJ (Superintendência de Patrimônio da União no Estado do Rio de Janeiro).

Ademais, foram adotados os mesmos procedimentos de consensualidade com a Procuradoria da UFRJ visando agilizar a reintegração de posse da área denominada “Mangue”, bem como promover ações para a manutenção da posse da área próximo ao BRT

²⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *TC nº 015.072/2017-7*. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaocompleto/%252a/NUMACORDAO%253A494%2520AN OACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/sin onimos%3Dfalse>> Acesso em: 11 abr. 2019.

do Fundão.

Na execução da auditoria de gestão de bens imóveis em universidades federais no Estado do Rio de Janeiro, a equipe do TCU fez uso de procedimentos de mediação e conciliação, aplicados para a resolução de conflitos em atividades de cunho judiciário, agora utilizados no meio administrativo.

Já no âmbito do segundo processo, a respeito à monitoramento dos riscos relacionados ao Legado dos Jogos Olímpicos Rio 2016, no que tange ao uso das arenas esportivas, verifica-se o Acórdão nº 494/2017-TCU-Plenário²¹, de 22/03/2017 com menção ao TAG, a saber:

ACÓRDÃO Nº 494/2017 – TCU – Plenário 1. Processo nº TC 010.915/2015-0 ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

[...]

9.5. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo que, no prazo máximo de trinta dias desta deliberação, com o objetivo de ser assinado um Termo de Ajustamento de Gestão (TAG), realize uma audiência pública com todas as entidades e entes que devem estar envolvidos na busca de uma solução efetiva para o futuro dos complexos esportivos da Barra e de Deodoro, entre os quais: Casa Civil da Presidência da República; Ministérios da Fazenda; do Planejamento; do Esporte; da Defesa e da Educação; Comissão do Esporte da Câmara dos Deputados; Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal; Comitês Olímpicos e Paraolímpicos do Brasil; prefeitura do Rio de Janeiro; e Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCM/RJ); Ministério Público junto ao TCU; entre outros;

No caso concreto acima descrito, o TCU, a despeito de uma integralização do TAG em sua estrutura, passou a propor o seu uso do termo de forma a fomentar uma solução definitiva e consensual a respeito do plano de legado para as arenas dos Jogos Olímpicos Rio 2016 que até aquele momento (março de 2017) estavam abandonadas por todos os entes envolvidos. Nesse sentido o voto condutor do Ministro Relator Augusto Nardes²², a saber:

Em adição, devido à urgência da necessidade de uma solução para o tema ora em análise, proponho determinar que a Secretaria-Geral de Controle Externo, no prazo máximo de trinta dias, realize uma audiência pública com todas as entidades e entes que devem estar envolvidos na busca de uma solução efetiva para o futuro desses complexos esportivos, entre os quais: Casa Civil da Presidência da República; Ministérios da Fazenda; do Planejamento; do Esporte; da Defesa e da Educação; Comissão do Esporte da Câmara dos Deputados; Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal; Comitês Olímpicos e Paraolímpicos do Brasil; prefeitura do Rio de Janeiro; e Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCM/RJ); Ministério Público junto ao TCU; entre outros.

[...]

Entendo que, como resultado dessa audiência pública, deve ser assinado por todas as partes presentes um Termo de Ajustamento de Gestão ou algum instrumento congênere, de maneira que finalmente seja dada uma solução efetiva para as arenas esportivas, evitando, assim, esse possível enorme prejuízo aos cofres públicos

²¹ BRASIL. op. cit., nota 20.

²² Ibid.

Ante todas as considerações trazidas, passa-se a responder às indagações iniciais. O TAG reflete os anseios do CPC/15²³ como meio extrajudicial eficaz e eficiente de solução de conflitos no âmbito administrativo? Em caso afirmativo, quais as características principais e vantagens em relação aos meios tradicionalmente empregados no âmbito processual do TCU?

Privilegiar a linguagem burocrática, na prática, por vezes é menos eficaz do que examinar as situações com ênfase no diálogo visando construir um consenso. Nesse sentido, o TAG tem por finalidade primordial zelar pela boa prática de gestão pública, valorizando e estimulando as ações administrativas corretivas que evitem desperdícios ou desvios de recursos públicos, estancando de imediato as irregularidades eventualmente detectadas. O Tribunal, com o TAG, passa a ter uma ferramenta eficaz para ações proativas de monitoramento e acompanhamento das gestões públicas, a exemplo dos casos concretos acima narrados.

A realização de atos em conjunto entre o órgão fiscalizador e os fiscalizados, na busca de um consenso, é uma alternativa para o encontro das melhores soluções jurídicas e contábeis para cada situação. Os instrumentos alternativos de controle — baseados na consensualidade, resultado da renovação do pensamento administrativo — mediante o resgate do pensamento tópico dialético, particularizados pela negociação pacífica de controvérsias podem ser utilizados tanto pelos tribunais de contas como pelos órgãos de controle interno.

As repercussões positivas que essa inovação – TAG – traz na estrutura do “pensar o controle” faz parte de um Direito Administrativo Moderno e sem volta. Além do diálogo voltado para a boa administração, a consensualidade evita eventuais litígios no âmbito judicial já abarrotado de demandas.

Postas estas considerações sobre o Termo de Ajustamento de Gestão, verifica-se que, na teoria, a criação do instituto está de acordo com a doutrina mais recente sobre a boa administração. No caso específico do TCU, verificou-se, por meio do estudo dos casos concretos narrados que sua aplicação gerou celeridade e efetividade, em que pese a carência de normatização interna.

Na mesma linha, Daniela de Mello²⁴ defende que o TAG garante maior liberdade

²³ BRASIL. op. cit., nota 1.

²⁴COELHO, Daniela Mello. *Administração pública gerencial e direito administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.37.

para os gestores públicos, mas não afasta a submissão à legalidade, veja-se:

Na nova abordagem de organização administrativa estão presentes instrumentos jurídicos mais flexíveis, como o contrato de gestão que utiliza o controle de resultados, a posteriori, em substituição ao método empregado pela Administração burocrática, que prevê o alcance da eficiência a partir da legalidade racional.

Em síntese, o TAG é um mecanismo hábil e vantajoso na solução extrajudicial de conflitos, aplicável no âmbito administrativo, pois tem fundamento na administração gerencial e sob os paradigmas da governança participativa, cidadania ativa, esfera pública ampliada, consensualidade, controle social e autonomia pública.

Não obstante dependente de lapidação e legislação própria, o instrumento em discussão tem grande valia no atual contexto do TCU e da administração gerencial, uma vez que fomenta o estudo de ações voltadas para a eficiência da máquina administrativa, para o planejamento e para o controle de gestão e busca manter a Administração Pública focada em seu dever de proporcionar aos cidadãos um serviço público eficiente e de qualidade.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, até que ponto se pode dizer que o sistema processual administrativo, mais precisamente o do Tribunal de Contas da União se adequou aos novos preceitos de resolução extrajudicial de conflitos trazidos pelo Novo Código de Processo Civil.

De um lado, há uma onda crescente de judicialização dos casos, ou seja, a sociedade vem perdendo a capacidade de dialogar. Como consequência temos um processo lento e caro. Urge a necessidade de novas soluções de conflitos no âmbito do Tribunal de Contas da União, por exemplo. Dessa forma, surgem as formas de resolução de conflito extrajudiciais à luz do novo Código de Processo Civil e suas implicações no âmbito processual do TCU, a exemplo do Termo de Ajustamento de Gestão.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que é possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos e estudo de casos concretos, que as novas formas de resolução extrajudicial de conflitos, a exemplo do Termo de Ajustamento de Gestão, mostram-se mais eficazes e benéficas ao sistema processual do Tribunal de Contas da União.

Na prática, a quase totalidade dos Tribunais de Contas do Brasil, já faz uso do TAG, seja por positivação em seu regimento interno ou até mesmo baseado em decisões pontuais de seu colegiado, como no caso do TCU.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que o TAG é uma importante aquisição para os Tribunais de Contas, pois prioriza o princípio da consensualidade, representando a modernização dos instrumentos de controle. A realização de atos em conjunto entre o órgão fiscalizador e os fiscalizados, na busca de um consenso, é uma alternativa para o encontro das melhores soluções jurídicas e contábeis para cada situação.

O principal argumento usado por esta pesquisa, para incentivar o uso de métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito dos processos no TCU, de forma fomentar a auto composição, por meio das conciliações e mediações, cientes da necessidade de regulamentação específica, a exemplo do TAG, baseia-se não somente na prevenção de lides judiciais, mas também no tratamento mais adequado aos conflitos. Nesse sentido, utilizou-se os estudos de casos concretos, a exemplo dos seguintes processos: TC 012.285/2016-1 (Auditoria com objetivo de avaliar a conformidade da gestão dos imóveis das universidades federais localizadas no Estado do Rio de Janeiro, de relatoria do Exma. Ministra Ana Arraes) e TC 015.072/2017-7 (monitoramento da determinação constante do item 9.5 do Acórdão 494/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Exmo. Ministro Augusto Nardes).

No entanto, há controvérsias quanto à possibilidade de introdução dos métodos da conciliação e mediação como meios extrajudiciais eficazes e eficientes de solução de conflitos no âmbito processual do TCU, diante de suas características principais e vantagens em relação aos meios já tradicionalmente empregados, a exemplo do Termo de Ajustamento de Gestão.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que mesmo diante de uma lacuna normativa interna no TCU suportando o uso do TAG, é possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos e estudo de casos concretos, que as novas formas de resolução extrajudicial de conflitos, a exemplo do Termo de Ajustamento de Gestão, mostram-se mais eficazes e benéficas ao sistema processual do Tribunal de Contas da União que os meios tradicionais já utilizados.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta do autor consiste na tese de que, tendo em vista uma maior efetividade das formas de resolução de conflitos extrajudiciais, mostra-se necessária a implementação de mudanças legislativas no que se refere à mudança da Lei Orgânica e Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, de forma a garantir o uso do TAG pela Corte de Contas e se amoldar às novas regras gerais advindas do CPC/15.

Deve ser preocupação constante do TCU e dos demais Tribunais de Contas a necessidade de constante revisão da gestão processual, de forma a inserir a consensualidade

na solução de problemas, a exemplo da normatização do instituto do TAG, com intuito de se adaptarem a doutrina mais recente sobre a boa administração processual administrativa, à luz do Novo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, C. C; ALVES, M. S. D. Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno. *Revista do TCEMG*, Belo Horizonte, v. 84, n. 3, 2012.

BARROSO FILHO, A. A. Avaliação do termo de ajuste de gestão como instrumento do controle consensual da administração pública. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 6, n. 11, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 11. mar.2019.

_____. *Novo Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152019/2015/lei/13105.htm>Acesso em 11 mar. 2019.

_____. *Lei de Mediação*. Lei nº 13.140, de 29 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2019/2015/lei/13140.htm> Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. *Lei de Responsabilidade Fiscal*. Lei complementar nº 101, de 4 de março de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm> Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. *Lei da Ação Civil Pública*. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm> Acesso em: 11 mar. 2019.

COELHO, Daniela Mello. *Administração pública gerencial e direito administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. Um breve diagnóstico sobre a utilização do termo de ajustamento de gestão pelos Tribunais de Contas estaduais. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, v.11, n.58, 2009.

FERRAZ, L. 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, 2010.