

MORALIDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: POSSIBILIDADE DE CONTROLE CONSENSUAL

MORALITY AND PUBLIC ADMINISTRATION: POSSIBILITY OF CONSENSUAL CONTROL

Patricia Gazire De Marco

RESUMO

O presente artigo mostra a importância de uma atuação moral na Administração Pública, como forma de possibilitar um diálogo entre órgão de controle e a autoridade máxima da instituição controlada e, por consequência, um novo método de controle: o consensual. Indaga-se se instrumentos alternativos de controle, baseados na consensualidade, prevalecem diante de instrumentos unilaterais, tendo em vista a complexidade e evolução do homem e da sociedade. Tem-se como ponto central a confiança no agente público e sua capacidade para agir de forma ética e responsável. Busca-se demonstrar a possibilidade de utilizar o controle consensual na efetivação de uma democracia participativa, calcada pelos princípios da eficiência, moralidade e justiça.

PALAVRAS-CHAVE: moralidade; Administração Pública; controle consensual.

ABSTRACT

This article shows the importance of a moral behavior in public administration as a way to allow a dialogue between the control unit and the highest authority of the controlling institution. As a consequence, there is a new control method: the consensual. According to the complexity and evolution of man and society, the alternative instrument of control, based on consensus, has been demonstrated to be better than the unilateral control. It focused on the staff confidence and their ability to act ethically and responsibly. In addition, this article aims to demonstrate the possibility of using the consensual control in the execution of a participatory democracy, based on the principles of efficiency, morality and justice.

KEYWORDS: morality; Public Administration; consensual control.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 consagra a democracia e os direitos fundamentais do homem e da dignidade da pessoa humana como substratos do atual Estado, denominado Democrático e de Direito. Deste modo, o Poder Público deve se aprimorar para garantir o efetivo cumprimento dos mandamentos constitucionais, pressupondo ser regido pelos cânones de justiça, virtude e ética.

A seara da justiça é marcada por decisões, que se pressupõem justas e podem definir o rumo dos que dela são atingidos. Segundo Santo Tomás de Aquino, a justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que lhe é de direito.¹

Já a seara da virtude é definida pela liberdade e, por consequência, pelas escolhas. Aristóteles dizia que quando a escolha for difícil, o homem deve deliberar pelo mal menor²: no campo do Direito Público, significa a escolha do melhor interesse público possível.

Por sua vez, a ética deve ser entendida como princípio e valor a orientar a conduta do ser humano – noção de justiça, bem e mal. O agente deve agir com ética, que apresenta em si a noção de justiça, sintetizada como a dialética entre as aspirações da pessoa (o bom) e a instituição da justiça (o legal).³

O desvirtuamento desse sistema leva à responsabilização, imputando àquele que se desvirtuou, o dever de responder por seus atos e decisões. Como assevera Paul Ricoeur, a pessoa deve assumir as consequências prejudiciais de seus atos, e deve ser responsável tanto no campo jurídico como no da moral. Segundo ele, a imputabilidade,

[...] é a descrição da ação a seu agente, sob a condição dos predicados éticos e morais que qualificam a ação como boa, justa, conforme ao dever, feita por dever, e, finalmente, como a mais sábia no caso de situações conflituais.⁴

É necessário que o homem entenda sua obrigação moral, uma vez que “o bem deve ser feito, e o mal deve ser evitado”⁵. É o dever de promover o bem em todas as suas ações, mediante responsabilidades e deveres a ele confiados. Ao fugir de sua obrigação – e agir sem prudência – deve ser punido. Todavia, uma simples punição pode reestabelecer a ordem, mas não devolve a vida, não recupera a dignidade vinculada à capacidade moral do ser humano.⁶

Deste modo, deve-se observar o real significado moral da condenação (punição).⁷ Paul Ricoeur questiona: “por que dar sequência à condenação?”⁸ Segundo ele, o ideal é que haja a reabilitação do agente, “com o objetivo de restabelecer a capacidade do condenado a voltar a ser cidadão integral no fim da pena.”⁹

¹ AQUINO, Santo Tomás de. *Suma teleológica*, São Paulo: Edições Loyola, 2005, v. IV

² ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. Madrid: Editorial Gredos, 1998, 1109a, 30-35, p. 178.

³ RICOEUR, Paul. *Leituras 1 – em torno ao político*. Edições Loyola, São Paulo, 1995.

⁴ RICOEUR, Paul. *O si mesmo como um outro*. Trad. Lucy Moreira César. Papirus: Campinas, 1991.

⁵ MARITAIN, JACQUES. *Problemas fundamentais da Filosofia Moral*. Agir, Rio de Janeiro 1977, p. 98

⁶ RICOEUR, Paul. *Justo 1*. A justiça como regra moral e como instituição. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 188-189

⁷ RICOEUR, Paul. *Justo 1*... cit., p. 188.

⁸ RICOEUR, Paul. *Justo 1*... cit., p. 191.

⁹ RICOEUR, Paul. *Justo 1*... cit., p. 191-192.

Assim, sob a égide das três palavras “condenação, reabilitação, perdão”¹⁰ e na necessidade de se permitir a autorrecuperação e conscientização do homem é que surge a figura do controle consensual, substituindo-se parcialmente¹¹ o controle-sanção¹² pelo controle-consenso¹³. Reforça-se “o sistema constitucional dos direitos fundamentais, como proteção do bem comum, sem lesar o bem individual do acusado.”¹⁴

Assim, é necessário analisar a postura ética do agente na Administração Pública, como forma de possibilitar um diálogo entre órgão de controle e a autoridade máxima da instituição controlada e, por consequência, um novo método de controle: o consensual – com a possibilidade de serem firmados termos de ajustamento de gestão (TAG’s). Indaga-se se instrumentos alternativos de controle, baseados na consensualidade, prevalecem diante de instrumentos unilaterais, tendo em vista a complexidade e evolução do homem e da sociedade.

2. CONDUTA HUMANA

A ética (como ciência) e a moral (como o seu objeto de estudo) estabelecem as normas de conduta do agente no desempenho de suas atividades, abarcados sempre pela razão. A moral pertence ao reino das normas e motivações, como um código de conduta dos homens. A ética, por sua vez, pertence ao reino do pensamento: é estudada no campo da moralidade, objetivando construir uma moral racional e universal.¹⁵

No âmbito do Direito Público, o agente deve ser regido pelos cânones de moralidade, impessoalidade e eficiência (art. 37 da Constituição da República de 1988): a moral deve

¹⁰ RICOEUR, Paul. *Justo I...* cit., p. 183.

¹¹ Diz-se que a substituição é parcial porque o controle consensual encontra limites decorrentes da legislação, que prevê, para a assinatura de termos de ajustamento de gestão (TAG), a constatação de irregularidades, sem evidência de má fé dos responsáveis, bem como inexistência de prejuízo deliberado ao erário (art. 11, II, do Decreto 12.634/07 – aplicável no âmbito do Município de Belo Horizonte).

¹² Nesse caso, ou a conduta é conforme as regras pré-estabelecidas ou não é, devendo o agente ser responsabilizado independente de análise das circunstâncias práticas que o levaram à realização do ato e das consequências futuras.

¹³ FERRAZ, Luciano. Controle consensual da Administração Pública e suspensão do processo administrativo disciplinar (SUSPAD) – a experiência do Município de Belo Horizonte. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 65, 2007. p. 14.

¹⁴ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. A compreensão virtuosa do direito: reflexão sobre a ética na hermenêutica jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. V. 97. p. 99.

¹⁵ SAENZ, José Montoya. Introducción a alguns problemas de la história de la ética. Universidade de Valencia, Espanha: *manuscrito*, 1998, p. 6.

integrar todos os atos realizados. O agente deve pautar suas ações, também, pela busca do bem comum, ponderando todos os valores envolvidos. Deve levar em consideração tanto o interesse público como o privado, tendo em mente que tal ponderação não significa que irá negociar o interesse público, mas os modos de atingi-lo com maior eficiência,¹⁶ eis que num conflito entre interesse público e privado prevalecerá o primeiro.

É a prudência no agir administrativo, que faz do agente um bom administrador. Diz Hauriou, que

[...] o princípio da moralidade extrai-se do conjunto de regras de conduta que regulam o agir da Administração Pública; tira-se da boa e útil disciplina interna da Administração Pública. O ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só a lei, mas a própria moral, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos. Para Hely Lopes Meirelles, apoiado em Manoel Oliveira Franco Sobrinho, a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do bom administrador, aquele que, usando de sua competência, determina-se não só pelos preceitos legais vigentes, como também pela moral comum, propugnando pelo que for melhor e mais útil para o interesse público. (*Apud* GASPARINI, 1996, p. 7)¹⁷

Sabe-se que a moral no Poder Público assume importante papel, eis que representa o “mínimo que o homem percebe que ele tem que cumprir, sob pena de estar-se desqualificando a si mesmo e à sociedade”.¹⁸ Por tal razão é que eventual desvirtuamento do agir humano deve ser reequilibrado, levando-se em consideração que o homem é um ser capaz de progredir.

Por outro lado, o dever de perquirir o melhor interesse possível e de promover o bem em todas as suas ações, traz consigo o dever de cada um responder por seus atos e decisões: “A pessoa responde pelos próprios atos, por ter-se tornado responsável pelas consequências deles.”¹⁹ Contudo, como dito anteriormente, uma simples punição pode reestabelecer a ordem, mas pode não recuperar a consciência humana vinculada à distinção entre o bem e o mal.

A necessidade de se permitir a autorrecuperação e conscientização do homem faz surgir a figura do controle consensual, com a possibilidade de serem firmados termos de ajustamento de gestão (TAG)²⁰, como um contrato de gestão assinado entre o gestor e o órgão

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 154.

¹⁷ HARIOU *Apud* GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 7.

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Ética no Direito. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, ano 7, n. 29, p. 17-23, out/dez 1999.

¹⁹ BERTI, Silma Mendes. O princípio e a regra da responsabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. v. 97. p. 343.

²⁰ Tal figura já existe no Município de Belo Horizonte e está regulada no Decreto 12.634/07. Pretende-se, neste estudo, ampliar seu âmbito de aplicação, bem como analisar sua aplicação e limites.

de controle. O TAG tem o objetivo de adequar os atos e procedimentos do órgão ou entidade controlada aos padrões de regularidade, bem como de afastar penalidades (sanções), reeducando a conduta dos agentes, fazendo-os compreender seus erros e oportunizar que não mais os cometam.

Como asseverava Platão: a educação conduz à realização do bem, aprimora as virtudes do homem e os faz serem justos. Afirmava, ainda, que o ser humano, vingado pelo desejo alcançar o bem, pode progredir²¹ e, nesse sentido, reestabelecer o equilíbrio rompido.

A sociedade moderna, dinâmica e democrática deve interpretar as normas, o agir humano e todos os interesses envolvidos, na ideologia de que “toda compreensão do individual é condicionada pela compreensão do todo”.²² Deve basear-se no diálogo entre o agente - que agiu em desconformidade com os ideais éticos e de moralidade - e a instituição em que ele desempenha suas atividades, de forma a possibilitar o controle consensual.

Conforme entendimento de Heidegger, o discurso só é possível quando há uma possibilidade de escuta (seja do agente, seja da Administração). Aquele que não escuta, não pode compreender²³ e, por consequência, não pode dialogar, não pode refletir a melhor opção ao interesse da coletividade, e não pode progredir.

Na chamada “era de relações paritárias”²⁴, o Estado deve buscar na cooperação (diálogo) entre agente e Poder Público a forma de prevenção e composição de conflitos, permitindo o desenvolvimento das potencialidades individuais²⁵, dentre elas a prudência, a boa fé e a confiança.

É por este motivo que se mostra importante o estudo do comportamento ético e moral dos agentes na atuação administrativa, pressupondo possível sua autorrecuperação. O recurso à consensualidade, por outro lado, se mostra importante ao permitir uma administração mais flexível e eficiente, capaz de solucionar casos atípicos, eis que analisa e pondera valores, leva em conta suas especificações e a complexidade do Estado atual, além de ter a participação do ente envolvido, o que torna o comando estatal mais aceitável e

²¹ PLATÃO. *A República*. 7ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkein, 1993, 519a, p. 323.

²² SCHLEIERMACHER, Friedrich *Apud* MINGHETTI, Antônio Auresnedi. Tradução comentada de *DE MAGISTRO LIBER VNVS de SANCTI AVRELII AVGVSTINI*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2009. Dissertação. Disponível em: <http://www.pget.ufsc.br/curso/dissertacoes/Antonio_Auresnedi_Minghetti_-_Dissertacao.pdf> Acesso em: 26 fev. 2012.

²³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 4ed. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 207.

²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. In: LIMA, Sérgio Corrêa Lima (Org.) *Temas de Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.67.

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais ... cit., p.66.

facilmente obedecido²⁶. Essa participação na gestão e também no controle da atividade administrativa mostra-se inerente à ideia de Estado Democrático de Direito.

3. ATUAÇÃO ESTATAL

O presente estudo defende a ideia de uma gestão pública democrática, calcada na compreensão do agir humano e suas virtudes, possibilitando uma aplicação punitiva consensual. Além de ser direito tutelado pela Constituição da República de 1988 (solução pacífica de controvérsias), sua aplicação não pode ser mitigada por modelo de controle unilateral, a ponto de prejudicar interesses mútuos da Administração Pública, dos cidadãos e da sociedade.

Entender que a atuação punitiva unilateral do Estado é a melhor maneira de se corrigir irregularidades conduz, nos dizeres de Ivone Fernandes Morcilo Lixa,

[...] à petrificação da ordem jurídica, à abdicação da responsabilidade do jurista, ao fechamento do discurso jurídico sobre si mesmo e a seu eventual desacordo com a realidade, à mecanização da aplicação do Direito, mediante o impedimento da criação jurisdicional do Direito pela via hermenêutica.²⁷

A atividade administrativa calcada no controle unilateral passou a apresentar falhas em seu modelo organizacional e tornou-se ineficiente, uma vez que não pondera princípios constitucionais e não analisa as circunstâncias práticas que conduzem o agir humano, tampouco as consequências futuras. Além disso, o modelo unilateral não se mostra adequado à complexidade e dinamismo da sociedade moderna, que se preocupa com a “plena compreensão do agir prudencial humano e de estruturas elementares da razão prática daquele que actua em liberdade”²⁸.

O clássico modelo imperativo de controle, em que o Poder Público sequer dialoga com o agente, não se coaduna com a nova concepção de Administração participativa e

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações ...* cit., p. 41.

²⁷ LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 147.

²⁸ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 896.

democrática. Ganha espaço a atuação consensual, afastando uma intervenção administrativa unilateral e autoritária²⁹.

Diante de novas perspectivas, a coletividade cobra melhores soluções para o sistema estatal. O excesso de regras tem de experimentar novas nuances para se alcançar efetiva atuação controladora e concretização de princípios constitucionais juntamente com regras jurídicas³⁰.

A busca pela eficiência administrativa e realização plena do interesse público levou ao surgimento da chamada democracia participativa. O Estado Democrático de Direito, considerado princípio geral de Direito e substrato do ordenamento jurídico, deve ser estruturado no sentido de atenuar aspectos autoritários do Poder Público, e não apenas de valorizar a justiça e a consciência moral³¹.

Bem dizia Norberto Bobbio: “o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império”³².

A transformação dos meios tradicionais da atuação administrativa não deve ser vista como uma anomalia. Ao contrário, deve ceder espaço à participação e ao consenso, sendo utilizados como mecanismos para se alcançar a finalidade constitucional de servir os interesses gerais³³.

A via consensual deve ser privilegiada quando se refere à função fiscalizatória do Poder Público, tendo como pressuposto a ideia de que o homem é um ser dotado de potencialidades³⁴, age movido pela ética e moral. Caso tenha um comportamento desonesto, é capaz de progredir e reestruturar o equilíbrio eventualmente rompido. É uma ação do Poder Público “susceptível de gerar decisões qualitativamente melhores, dentro do contexto do espaço e de tempo em que se projetam.”³⁵

Ainda que se busque o melhor interesse público possível, há a manutenção consensual de interesses particulares que, de uma maneira ou de outra, convirjam para os

²⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, Salvador, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>> Acesso em: 6 mar. 2011.

³⁰ FREITAS, Juez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 24-29.

³¹ ENTERRÍA, Eduardo García *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 110.

³² BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 26.

³³ LLOVET, Tomàs Font y. Desarrollo reciente de los instrumentos de la administración consensual en España. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Revovar, 2003. p. 382.

³⁴ RICOEUR, Paul. A questão do sujeito... cit., p. 199-223.

³⁵ DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 443.

mesmos resultados³⁶. Assim, as medidas consensuais surgem como alternativa para prevenir ou encerrar conflitos, além de evitar possíveis controvérsias decorrentes da adoção de soluções unilaterais e imperativas e possibilitar concessões reciprocamente condicionadas³⁷.

Por outro lado, o discurso entre agente e Poder Público “deve ser tomado como ação de sentido, expressão empreendida para alcançar o outro de modo compreensivo, para o bem de um e de outro, ou seja, para o bem de todos.”³⁸

É nesse sentido que se mostra importante a flexibilização das formas de controle, cedendo espaço a instrumento consensual, que valoriza o resultado, detecta fatores eventualmente prejudiciais ao desempenho ético e moral da função pública e os soluciona pacificamente.³⁹

Alicerçada em ideais principiológicos de eficiência, moralidade, justiça e democracia participativa, a implantação dos Termos de Ajustamento de Gestão (TAG),⁴⁰ segundo Luciano Ferraz:

[...] afina-se com a moderna tendência da Administração Pública e do Direito Administrativo, menos autoritários e mais convencionais, imbuídos do espírito de ser a consensualidade alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo.⁴¹

Vislumbra-se a adoção, pelos Tribunais de Contas de expediente com o objetivo de “contratar” com os administradores públicos, alternativas e metas para a melhoria do desempenho dos órgãos, entidades e programas [...]. este “contrato” assumirá contornos de verdadeiro “contrato de gestão” e o Tribunal de Contas desempenhará o papel de árbitro entre a sociedade e os agentes encarregados de lidar com a *res publica*.⁴²

Diogo de Figueiredo Moreira Neto tem posição semelhante, entendendo

³⁶ TORRES, Ricardo Lobo. Controles da Administração Pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Revovar, 2003. p. 641.

³⁷ Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas...*, cit., p. 20-21.

³⁸ MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. O induzimento como forma de violência e injustiça no processo juspolítico: a premência da educação, janela de esperança para a lucidez. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, n. 100, p. 173-216, jan./jun. 2010. p. 189-190.

³⁹ FERRAZ, Luciano. Modernização da Administração Pública e auditorias de gestão. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.) *Direito público moderno: homenagem especial ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 161-164.

⁴¹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e o termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 130.

⁴² Cf. FERRAZ, Luciano de Araújo. Termos de Ajustamento de Gestão e o alerta ..., cit., p. 291.

[...] que a consensualidade representa uma tendência benéfica para o Direito Moderno, na medida em que 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), evita desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).⁴³

E chama a atenção para o fato de que

[...] não basta promover alterações de estrutura e de funcionamento [...] é preciso mudar a mentalidade dos administradores públicos, para que não mais se considerem os senhores da coisa pública, olímpicamente distanciados dos administrados, como se não tivessem outra obrigação que a de meramente desempenhar as rotinas burocráticas.⁴⁴

Portanto, o TAG nada mais é do que um contrato consensual, celebrado entre a autoridade máxima de um órgão, entidade, programa ou projeto auditado e um órgão de controle interno, com o objetivo de melhorar o desempenho das atividades, uma vez que cria obrigações, metas e prazos para a implementação das obrigações assumidas.

Todavia, para que se garanta a eficiência administrativa, faz-se mister que o Estado brasileiro esteja preparado para mutações envolvendo as relações entre os agentes da Administração Pública e os órgãos de controle, consagrando uma estrutura de gestão participativa. É desafio do Estado conjugar aprimoramento de técnica, resultado eficiente e respeito às leis, valores e princípios.

Vale ressaltar que a consensualidade, e respectiva implantação de termos de ajustamento de gestão, não só criam um cenário de reais expectativas de melhora da estrutura organizacional, como convertem à qualificação do homem como um ser honesto e justo, merecedor de confiança.

Portanto, o controle consensual reflete a compreensão do Direito como uma proposta tendente a contribuir ou, ao menos, abrir caminhos para um novo senso comum jurídico, onde haja a articulação entre ética, política e Direito.⁴⁵

⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 41.

⁴⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração Pública Gerencial. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 2, n° 4. jul/dez 1998. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1998/revdireito1998B/est_adminpublica.pdf> Acesso em: 12 fev. 2011.

⁴⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à Dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1989. p. 198.

4. TERMOS DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO

No contexto de um Estado Democrático de Direito em evolução é fundamental o implemento de instrumentos de controle eficazes, bem como a utilização de meios para a garantia dos interesses da coletividade e um efetivo Estado de Direito. “sob o primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre sociedade e o Estado.”⁴⁶

É nesse sentido que surge o controle consensual e a possibilidade dos termos de ajustamento de gestão. Tal instrumento valoriza o resultado, detecta fatores eventualmente prejudiciais ao desempenho ético e moral da função pública e os soluciona pacificamente.

O Município pioneiro na implantação deste instrumento foi o de Belo Horizonte, utilizando-o sob a nomenclatura de Termo de Compromiso de Gestão (TCG). Por meio do Decreto nº 12.634, de janeiro de 2007, estabeleceu:

Art. 12 - O Termo de Compromisso de Gestão - TCG é instrumento de controle consensual, celebrado entre a autoridade máxima do órgão, entidade, programa ou projeto auditado e a Controladoria-Geral do Município, e conterà:

- I - identificação sucinta das autoridades e da administração envolvidas;
- II - obrigações e metas assumidas pelas autoridades diante das recomendações do Controlador-Geral do Município;
- III - prazos para implementação das obrigações assumidas;
- IV - outros elementos necessários para seu fiel cumprimento.

§ 1º - O Termo de Compromisso de Gestão - TCG, obriga as autoridades signatárias à adoção das recomendações formuladas pelo Controlador-Geral e será monitorado regularmente pela Auditoria-Geral do Município, a qual poderá solicitar informações periódicas sobre seu adimplemento.

§ 2º - Será instituído banco de dados específico, visando ao permanente monitoramento dos Termos de Compromissos de Gestão celebrados.

§ 3º - O não-cumprimento das obrigações previstas no Termo de Compromisso de Gestão - TCG, pelas autoridades signatárias, provoca sua automática rescisão, autorizando o Controlador-Geral do Município a dar ciência do fato ao Prefeito e ao TCEMG, sem prejuízo das responsabilidades funcionais a serem apuradas em processos próprios.

O projeto de lei complementar nº 8, de 2011, de autoria do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, cria mecanismo semelhante no âmbito daquela Corte de Contas. Para isso, altera a Lei Complementar nº 102, de 2008, que dispõe sobre a organização do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, acrescentando os arts. 93-A e 93-B, permitindo a assinatura de TAG's e sua regulamentação pela Corte de Contas daquele Estado

Assim estabelece:

Art. 93-A. Fica instituído, no âmbito do Tribunal de Contas, Termo de Ajustamento de Gestão para regularizar atos e procedimentos dos Poderes, órgãos ou entidades por ele controlados.

§ 1º O Termo de Ajustamento a que se refere o caput poderá ser proposto pelo Tribunal de Contas ou pelos Poderes, órgãos e entidades por ele controlados, desde que não limite a competência discricionária do gestor.

§ 2º A assinatura de Termo de Ajustamento de Gestão suspenderá a aplicação de penalidades ou sanções, conforme condições e prazos nele previstos.

§ 3º É vedada a assinatura de Termo de Ajustamento de Gestão nos casos em que esteja previamente configurado o desvio de recursos públicos e nos casos de processos com decisão definitiva irrecorrível.

§ 4º Nos casos em que o Termo de Ajustamento de Gestão impuser obrigações a particulares, por via direta ou reflexa, estes serão notificados previamente, observado o devido processo legal.

§ 5º Os efeitos decorrentes da celebração de Termo de Ajustamento de Gestão não serão retroativos se resultarem no desfazimento de atos administrativos ampliativos de direito, salvo no caso de comprovada má-fé.

§ 6º O não cumprimento das obrigações previstas no Termo de Ajustamento de Gestão pelas autoridades signatárias enseja sua automática rescisão.

§ 7º Cumpridas as obrigações previstas no Termo de Ajustamento de Gestão, o processo relativo aos atos e procedimentos objeto do termo será arquivado.

§ 8º O Termo de Ajustamento de Gestão será publicado na íntegra no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas.

(Art. 93-A e parágrafos - Acrescentado pelo art. 7º da Lei Complementar nº 120/11, de 15.12.2011)

Art. 93-B. O Tribunal de Contas regulamentará a aplicação do Termo de Ajustamento de Gestão em ato normativo próprio.

(Art. 93-B - Acrescentado pelo art. 7º da Lei Complementar nº 120/11, de 15.12.2011)

Deste modo, o termo de ajustamento de gestão tem como objetivo adequar os atos e procedimentos dos poderes, órgãos ou entidades públicas a padrões de regularidade e pressupõe a não aplicação de penalidades ou sanções. A vedação à assinatura de TAG's se dá quando for caracterizado desvio de recursos públicos.

Segundo o art. 3º da Resolução nº 01/2012, o TAG pode ser proposto pelo (i) relator de processo em tramitação no Tribunal de Contas, para regularização de ato ou fato; (ii) Presidente do Tribunal de Contas, quando se tratar de matéria de repercussão geral; (iii) responsáveis pelos Poderes, órgãos ou entidades controladas pelo Tribunal de Contas; não sendo admitida sua proposição por particulares.

Os primeiros resultados obtidos no âmbito do Município de Belo Horizonte apontaram uma melhoria no desempenho da Administração Municipal, com resolução consensual de 87% dos problemas detectados.⁴⁷

⁴⁷ FERRAZ, Luciano. Termos de ajustamento de gestão (TAG): do sonho à realidade. *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP. Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 48. Out/dez. 2010.

Assim, na perspectiva de um Estado Democrático, as medidas consensuais surgem como alternativa para prevenir ou encerrar conflitos, além de evitar possíveis controvérsias decorrentes da adoção de soluções unilaterais e imperativas e possibilitar concessões reciprocamente condicionadas⁴⁸. Ainda que se busque o melhor interesse público possível, há a manutenção consensual de interesses particulares que, de uma maneira ou de outra, convirjam para os mesmos resultados.⁴⁹

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atual Estado Democrático de Direito busca na cooperação a forma de prevenção e composição de conflitos e de atingir fins comuns, onde tem relevância a participação do agente público. Assiste-se à passagem da Administração Pública unilateral à chamada Administração consensual, permitindo o desenvolvimento das potencialidades individuais, maior eficiência administrativa e garantia dos direitos fundamentais.

A atuação imperativa e unilateral do Estado tornou-se ineficiente por não analisar as circunstâncias práticas que conduzem à realização de determinado ato, e cedeu espaço a uma gestão pública democrática, calcada na compreensão do agir humano e suas virtudes.

O dinamismo da sociedade atual e a necessidade de valorizar o resultado, detectar fatores eventualmente prejudiciais ao desempenho ético e moral dos agentes no exercício da função pública e os solucionar pacificamente, possibilitou uma atuação consensual na resolução de controvérsias, e consequente implantação de termos de ajustamento de gestão.

Essa nova Administração Pública Consensual assumiu contornos de um modelo organizacional ético, eficiente e democrático, uma vez que busca reeducar a ação do agente, afastando a penalidade e impondo ações (obrigações e restrições) alternativas.

Tem-se que a consensualidade e respectiva implantação de termos de ajustamento de gestão não só criam um cenário de reais expectativas de melhora da estrutura organizacional, como convertem as regras inscritas no texto constitucional em aplicação prática de princípios e normas.

⁴⁸ ENTERRÍA, Eduardo García *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Nas palavras de Giannini, “alguém dirá que isto são utopias, mas, não obstante, caminhamos nessa direção”.⁵⁰

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AQUINO, Santo Tomás de. *Suma teleológica*, São Paulo: Edições Loyola, 2005, v. IV

ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. Madrid: Editorial Gredos, 1998, 1109a, 30-35

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à Dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Ética no Direito. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, ano 7, n. 29, p. 17-23, out/dez 1999.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BERTI, Silma Mendes. O princípio e a regra da responsabilidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. V.97. jan./jun. 2008.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

ENTERRÍA, Eduardo García *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁵⁰ GIANNINI, Massimo Severo. *El Poder Publico – Estados y Administraciones Publicas*. Madrid: Civitas, 1991.

FERRAZ, Luciano. Controle consensual da Administração Pública e suspensão do processo administrativo disciplinar (SUSPAD) – a experiência do Município de Belo Horizonte. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 65, 2007.

_____. Modernização da Administração Pública e auditorias de gestão. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.) *Direito público moderno: homenagem especial ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Novos Rumos para o Controle da Administração Pública*. Tese de doutoramento. Belo Horizonte, UFMG, 2003.

_____. Termos de Ajustamento de Gestão (TAG): do sonho à realidade. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 8, n. 31. out./dez. 2010.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GIANNINI, Massimo Severo. *El Poder Publico – Estados y Administraciones Publicas*. Madrid: Civitas, 1991.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 4ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2002.

LLOVET, Tomàs Font y. Desarrollo reciente de los instrumentos de la administración consensual en España. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Revovar, 2003.

MARITAIN, JACQUES. *Problemas fundamentais da Filosofia Moral*. Agir, Rio de Janeiro 1977,

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. A compreensão virtuosa do direito: reflexão sobre a ética na hermenêutica jurídica. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*: Universidade Federal de Minas Geras. n. 97, jan./jun. 2008.

_____. O induzimento como forma de violência e injustiça no processo juspolítico: a premência da educação, janela de esperança para a lucidez. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. n. 100, p. 173-216, jan./jun. 2010.

MINGHETTI, Antônio Auresnedi. Tradução comentada de *DE MAGISTRO LIBER VNVS* de SANCTI AVRELII AVGVSTINI. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2009. Dissertação. Disponível em: <http://www.pget.ufsc.br/curso/dissertacoes/Antonio_Auresnedi_Minghetti_-_Dissertacao.pdf> Acesso em: 26 fev. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 154.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. In: LIMA, Sérgio Corrêa Lima (Org.) *Temas de Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, Salvador, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>> Acesso em: 6 mar. 2011.

PLATÃO. *A República*. 7ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkein, 1993, 519ª.

RICOEUR, Paul. A questão do sujeito: o desafio da semiologia, In: *Conflito das interpretações: ensaios de hermenêutica*, Rio de Janeiro: Imago, 1978, 199-223.

_____. *Justo 1*. A justiça como regra moral e como instituição. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. *Leituras 1* – em torno ao político. Edições Loyola, São Paulo, 1995.

_____. *O si mesmo como um outro*. Trad. Lucy Moreira César. Papirus: Campinas, 1991.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e o termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SAENZ, José Montoya. *Introducción a alguns problemas de la história de la ética*. Universidade de Valencia, Espanha: *manuscrito*, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. *Controles da Administração Pública*. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Revovar, 2003.