

JUSTINO DE OLIVEIRA

A D V O G A D O S



**OS IMPACTOS DA LEI Nº 13.655/2018 DAS ATIVIDADES DE
CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**“REGIME DE TRANSIÇÃO E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DOS
TRIBUNAIS DE CONTAS”**

Data: 11 de junho de 2018

Local: Escola de Contas do TCM/SP

PROF. DR. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA

Professor Doutor de Direito Administrativo da USP. Pós-Doutor em Arbitragem Internacional pelo Max-Planck-Institut (Hamburgo). Coordenador da Comissão da Administração Pública do CAM-CCBC. Árbitro na CAMARB, CAESP, CAM-FIEP e Câmara FGV-Rio. Ex-Procurador do Estado do Paraná (1992-2006).



SUMÁRIO

- I. ASPECTOS GERAIS**
- II. IMPACTOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**
- III. CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO**
- IV. DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA**
- V. DA MODULAÇÃO DE EFEITOS DE DECISÕES**
- VI. DA BUSCA PELA BOA ADMINISTRAÇÃO**
- VII. COMPARATIVO: PL 7448/2017 X LEI Nº 13.655/2018**

I.

ASPECTOS GERAIS



Informações gerais sobre a Lei nº 13.655/2018.



LEI Nº 13.655/2018

Uma das mais bem-vindas inovações legislativas do direito brasileiro foi a entrada em vigor da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, a qual destinou-se a implementar disposições no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Nos dizeres da Carlos Ari Sundfeld:

“As novas normas são relativamente poucas e concisas, ao estilo da LINDB. Sua linguagem incorpora terminologia e concepções contemporâneas. Fala-se em gestão pública, em políticas públicas, em consequências práticas das decisões, em alternativas de decisão. Tudo a ver com uma visão mais atual a pragmática do direito público. Garantem-se direitos e mecanismos para a transição jurídica adequada em caso de mudanças, para a estabilização de relações jurídicas, para a eliminação de incertezas jurídicas, para a solução consensual de dificuldades ou conflitos e para a participação da sociedade na produção de normas administrativas. São ganhos significativos para o direito público.”

(SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei geral inovadora para o Direito Público. 2018).

==

Insta mencionar os três blocos normativos que originariamente eram encontrados no PL 7448 que originou a inovação na LINDB, identificados por Sundfeld:

(I) Arts. 20, 21, 22, 27 e 28: Dever de motivação das decisões administrativas;

(II) Arts. 23, 24, 25 e 30: Fortalecimento da segurança jurídica nas relações com o Poder Público;

(III) Arts. 26 e 29: Mecanismos incrementadores da participação da sociedade civil na administração pública.



Art. 23 da Lei 13.655/2018: Visa obrigar, em caso de novo condicionamento sobre o direito, regime de transição que seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente, não prejudicando os interesses gerais.

Trata-se da possibilidade de modulação de efeitos das decisões administrativas.

PL 7.448/2017

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. Se o regime de transição, quando aplicável nos termos do caput, não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso.

LEI Nº 13.655/2018

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. (VETADO)



Razões de Veto do Parágrafo Único:

“O caput do artigo impõe a obrigatoriedade de estabelecimento de regime de transição em decisão administrativa, controladora ou judicial que preveja mudança de entendimento em norma de conteúdo indeterminado quando indispensável para o seu cumprimento, todavia, o parágrafo único traz um direito subjetivo do administrado ao regime. Assim, o dispositivo reduz a força cogente da própria norma e deve ser vetado, de modo a garantir a segurança jurídica de tais decisões.”

II.

DOS IMPACTOS NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



**Circunstâncias envolvidas na Administração
Pública que influenciaram na confecção da Lei
13.655/2018**





HIPERATIVISMO NO ORGÃOS DE CONTROLE VERSUS INERCIA ADMINISTRATIVA

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. 2018

Acesso: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018>

“(…) motivados por um quadro agudo de má conduta, piorado por uma atuação preventiva do controle interno não muito eficiente e pela atual preponderância de uma Agenda Anticorrupção, Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas, Advocacias Públicas e Controladorias acabaram por ampliar e desenvolver suas atividades focando em um controle abertamente mais repressivo, preferencialmente voltado à punição do mau gestor. Entretanto, este hiperativismo do controle, ainda que compreensível, gerou um efeito extremamente perverso na gestão pública: a drástica redução da discricionariedade do gestor a níveis alarmantes, provocando uma verdadeira paralisia administrativa e, o que é pior, em situações cada vez mais correntes, a substituição do gestor pelo controlador público. Eis um dos fatores – não é o único, obviamente – que vem gerando uma perniciosa estagnação da Administração pública, aparentemente sem espaços para promoção de inovação, comprometendo demasiadamente o desenvolvimentismo que deveria pautar toda e qualquer atuação pública em um contexto desigual e subdesenvolvido como o brasileiro.

O maior risco de permanecermos inertes e não desatarmos este nó é o de deixar o cidadão cada vez mais descoberto e refém de decisões públicas que não levam em consideração seus direitos e garantias, porque mais preocupadas em operacionalizar um regime jurídico repressivo – o qual por certo deve ser levado em conta, mas não somente. Ademais disso, tais decisões não costumam avaliar as consequências diretas e indiretas do comando por elas emanado, sob o ponto de vista transformativo da qualidade da gestão pública, em um processo de permanente aderência da conduta do gestor à ética e ao direito (compliance), o que muitas vezes têm gerado respostas supressoras da discricionariedade administrativa, quando na verdade deveriam apresentar propostas de aperfeiçoamento do ambiente normativo e procedimental que valorizassem a autonomia decisória do gestor público.



Assim, um círculo vicioso instaurou-se na inter-relação controle e gestão, o qual precisa ser imediatamente rompido, voltando-se a prestigiar a discricionariedade do gestor sem o comprometimento da trajetória institucional interventiva dos órgãos de controle, mas que também precisam se renovar à luz do Estado de Direito Democrático que ambos, gestor e controlador, precisam continuamente realizar e garantir.”

“(…) está renovando o sistema de controle interno da Administração pública, com o reforço da eficácia, transparência, gestão e avaliação do risco imanente às tarefas públicas, responsabilização do gestor, entre diversos outros aspectos. A finalidade maior da implantação de uma política de governança no setor público é imprimir a atualização dos controles internos frente ao que existe de melhor em termos de inovação no setor público, a cargo da própria gestão pública, sempre em prol da busca por maior qualidade dos resultados a serem atingidos pela Administração como um todo.

Esta inflexão não altera unicamente a forma de atuar dos gestores públicos – pois aprimorando-se a gestão pública, reforça-se a necessidade de responsabilização administrativa por má conduta – mas cria uma nova referência para os órgãos de controle externo, que devem pautar-se em seu dia a dia na promoção do enforcement deste novo aparato normativo, e jamais substituir-se ao gestor público em tarefas materiais que constitucionalmente lhes foram asseguradas. Por óbvio que a mudança está em curso, e o controle externo há de paulatinamente equalizar a sua atuação frente aos novos standards normativos da governança pública, mas um resultado esperado é o de resgate e revalorização da capacidade decisória discricionária do gestor, provocando-se (i) uma renovação concomitante da gestão e do controle em si, e (ii) abertamente modificando as bases de inter-relação da gestão com o controle, e viceversa.

De outro lado, nesse contexto evolutivo premente é que tenhamos todos à mão – gestores, controladores e operadores do Direito em geral – novos standards interpretativos e de aplicação do direito público, especialmente voltados a viabilizar adequadamente o que o próprio sistema jurídico está a transformar. E aqui exsurtem como salutares as inovações propostas pelo PL n. 7.448/17 de autoria do Senador Antonio Anastasia (MG) à LINDB, instituindo regras sobre segurança jurídica e eficiência na gestão pública.”

III.

CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO



Lei 13.655/2018. Art. 20: Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.





Afirma Luiz Fernando Schuartz que a expressão consequencialismo jurídico pode ser compreendida como:

“(...) qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão à valoração de consequências associadas à mesma e às suas alternativas.”

(SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo, Racionalidade e Malandragem. 2008).

LEI Nº 13.655/2018

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

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

Floriano Marques de Azevedo Neto:

“A Lei 13.655/2018 já observou, em sua gestação, o que prescreve. Em vez de ser fruto de abstrações como os princípios da “supremacia do interesse público”, da “dignidade da pessoa humana” ou do “princípio da licitação”, resultou do trespasse de uma ampla fundamentação empírica para um diploma normativo.

(...)

A permeabilidade do sistema jurídico a normas de caráter mais aberto e a realidade da interpretação e aplicação do Direito ser balizado por princípios é uma realidade. Contudo, a decisão baseada em “valores jurídicos abstratos”, ou seja, não apoiados em normas concretas ou em prescrições normativas cerradas, não pode servir como uma cláusula mágica, transcendente. Não podem se prestar a ser um argumento de autoridade hermenêutica sem que o decisor tenha o dever (ônus) de perquirir os efeitos desta decisão. Mais do que uma deferência ao consequencialismo, o dispositivo presta homenagem à responsabilidade da decisão. Prospectar os efeitos da decisão não é irrelevante. O dever de motivar (geral a toda decisão) passa a ser reforçado, nos casos de decisão baseada em valores abstratos, com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor. Mais do que isso, o dispositivo obriga a que as consequências possíveis sejam avaliadas e sopesadas. E assim exigindo, torna a decisão baseada na aplicação de princípio controlável (e censurável) quando falhar em vir acompanhado da análise das consequências.

(...)

(...) trata-se de dispositivo que visa estabilizar e a conferir exequibilidade às decisões do controlador. E, de outro bordo, estabelecer parâmetros a partir dos quais tais decisões poderão ser controladas. Assim é que, caso se trate de decisão na esfera administrativa, a inobservância dessa exigência poderá importar na sua invalidação, por ausência de motivos, como determina o disposto no artigo 2º, d e parágrafo único, d, ambos da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) [2]. De outro lado, caso tal inobservância seja observada em provimento jurisdicional, tratar-se-á de decisão considerada sem fundamentação, nos termos do artigo 489, parágrafo 1º, do CPC 2015[3], o que pode ensejar a sua nulidade (nos termos do artigo 1.013, parágrafo 3º, I, do CPC 2015[4]). O dispositivo, portanto, não só é compatível com sistema normativo já vigente como, de resto, com ordenamento constitucional brasileiro.”

(MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequentialismo jurídico como mínimo essencial. 2018).

IV.

DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA



Pertinência dos princípios em relação à nova
lei.





Sobre o Princípio da Segurança Jurídica, afirma Bandeira de Mello que:

“(...) coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.”

(MELLO, Celso Antônio de. Curso de Direito Administrativo. 30ª edição. São Paulo: Editora Malheiros. p 127. 2012).


José dos Santos Carvalho Filho:

“(...) o princípio em tela comporta dois vetores básicos quanto às perspectivas do cidadão. De um lado, a perspectiva da certeza, que indica o conhecimento seguro das normas e atividades jurídicas, e, de outro, a perspectiva da estabilidade, mediante a qual se difunde a ideia de consolidação das ações administrativas e se oferece a criação de novos mecanismos de defesa por parte do administrado, inclusive alguns deles, como o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, de uso mais constante do direito privado.”

(CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30ª edição. São Paulo: Editora Gen. P 39. 2016).

Apesar de massivamente se relacionar os aspectos de previsibilidade e estabilidade das decisões com o princípio da segurança jurídica, existe um preceito mais específico ainda pouco tratado no Direito Brasileiro, o qual é o princípio da proteção à confiança, conforme lição de Almiro do Couto e Silva:

“no direito alemão e, por influência deste, também no direito comunitário europeu, ‘segurança jurídica’ é expressão que geralmente designa a parte objetiva do conceito, ou então simplesmente, o princípio da segurança jurídica, enquanto a parte subjetiva é identificada como ‘proteção à confiança’ (no direito germânico) ou ‘proteção á confiança legítima’ no direito comunitário europeu.”

(SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). 2004.)

Sobre a Proteção à Confiança, aduz Odete Medauar:

“(...) apresenta-se como desdobramento do princípio da segurança jurídica. Consagrado no ordenamento alemão, adotado do direito holandês, vem se consolidando na jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Europeia, estendendo-se a todo particular que se encontre numa situação na qual sobressai que a administração comunitária fez nascer esperanças fundadas. Vem recebendo atenção dos estudiosos.

A proteção da confiança diz respeito à continuidade das leis, à confiança dos indivíduos na subsistência das normas. Isso não protege os cidadãos genericamente de toda alteração legal, pois cada situação terá a peculiaridade para detectar ou não a confiança suscitada. Apresenta-se mais ampla que a preservação dos direitos adquiridos, porque abrange direitos que não são ainda adquiridos, mas se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se construir; também se refere à realização de promessas ou compromissos da Administração que gerarem, no cidadão, esperanças fundadas; visa, ainda, a proteger os particulares contra alterações normativas abruptas ou radicais que suas consequências revelam-se mais chocantes.”

(MEDAUAR. Odete. O Direito Administrativo em Evolução. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. P 247. 2003).

V.

DA MODULAÇÃO DE EFEITOS DE DECISÕES

Reflexões sobre a modulação de efeitos de
decisões no Direito Brasileiro.



1 – DA MODULAÇÃO DE EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A possibilidade de modulação dos efeitos de decisões não é algo novo no ordenamento jurídico pátrio, sendo questão muito recorrente no âmbito do controle de constitucionalidade.

No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, é o Brasil adepto da teoria das nulidades, a qual torna uma lei incompatível com a Constituição Federal, desde o seu nascimento, sem eficácia, pois é ato nulo.

Ocorre que, em casos sensíveis, a teoria da nulidade vem a ser muito rígida e inflexível, afetando drasticamente a estabilidade jurídica de determinadas situações. Tal fato acarretou uma tendência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em adotar, excepcionalmente, a teoria da anulabilidade, proveniente do direito austríaco, que atribui efeitos “*ex nunc*” às declarações de inconstitucionalidade, preservando as relações jurídicas já estabelecidas.

Nos dizeres de Lúcio Bittencourt:

“(...) a doutrina da ineficácia *ad initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário.”

(C.A.L, Bittencourt. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. 1949).

A mencionada mitigação da teoria da nulidade do controle de constitucionalidade ganha corpo na previsão do art. 27 da Lei nº 9.868/1999:

“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

A presente adequação decisória é denominada de “modulação dos efeitos da decisão”, sendo importante a sua menção feita pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do ARE 709.212:

“Cabe lembrar, por oportuno, que esta Suprema Corte, tendo em vista as múltiplas funções inerentes à jurisprudência – tais como a de conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por elas abrangidas, a de atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, a de gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e a de preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado –, tem reconhecido a possibilidade, mesmo em temas de índole constitucional (RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), de determinar, nas hipóteses de revisão substancial da jurisprudência derivada da ruptura de paradigma, a não incidência, sobre situações previamente consolidadas, dos novos critérios que venham a ser consagrados pelo Supremo Tribunal Federal.”



Ademais, muito elucidativo é o texto da exposição de motivos do projeto de lei que originou a Lei 9868/99, o qual aduz:

“(...) ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro* especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda amis afastada da vontade constitucional.”



2 – DA MODULAÇÃO DE EFEITOS NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: CELEBRAÇÃO DE TAGS



Posto que no ordenamento jurídico brasileiro, é explicitamente possível, conforme se expôs, a modulação de efeitos de uma decisão com fulcro na estabilidade das relações jurídicas, bem como o respeito a uma infinidade de princípios constitucionais que vão ao encontro da segurança jurídica e da previsibilidade das medidas administrativas, partir-se-á para a análise desta possibilidade no âmbito das Cortes de Contas.

O consensualismo em detrimento da unilateralidade administrativa é maneira de negociação entre controlador e controlado, pois tal possibilidade acordo pode acarretar maiores benefícios às partes e ao interesse público do que as sanções ordinariamente aplicadas.

A presente questão trata de indubitável modulação de decisão, pois para que seja possível a substituição da sanção pela negociação, imprescindível é a suspensão dos efeitos da decisão sancionatória condicionada ao cumprimento das condições negociadas. Ou seja, os efeitos sancionatórios da decisão sancionatório sofrem prospecção sob condição resolutive de cumprimento do ajuste entre controlador e controlado.

A mencionada possibilidade de modulação, nos Tribunais de Contas, corporifica-se por meio do que se denomina Termo de Ajuste de Gestão (TAG), que na definição de Angerico Alves Barroso Filho é:

“(...) instrumento de controle consensual da administração. Implementa-se um acordo de vontades entre controlador e controlado, por meio do qual o último se compromete a cumprir a lei, a alcançar o objetivo da política pública; em troca, fica suspenso o andamento de processo que lhe poderia resultar em penalidade.”

(BARROSO FILHO. Angerico Alves. Avaliação do Termo de Ajuste de Gestão como instrumento do Controle Consensual da Administração Pública. 2014).

A celebração de Termo de Ajustamento de Gestão como meio de mitigação das aplicações de sanções têm origem em novas tendências de gestão administrativa, sendo insuficiente o estrito enfoque da aplicabilidade ou inaplicabilidade de sanções, sendo essencial, para o adequado exercício da função de controle, que seja feita uma verdadeira ponderação de valores, a qual pode remeter à possibilidade de adequação da decisão a uma solução mais adequada e efetiva, com fulcro na consensualidade (controle consensual).

Um fundamento adequado para a possibilidade de celebração de TAG pelos Tribunais de Contas, como bem apontado por Angerico Alves Barroso Filho, envolve a Teoria dos Poderes Implícitos, que, em sede de Controle Difuso, foi explanada pelo Ministro Celso de Mello da seguinte forma:

“(...) a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.”

TCE/PE: LEI Nº 12.600/2004

Art. 21. Para o exercício de sua competência de fiscalização e julgamento serão formalizadas junto ao Tribunal de Contas as seguintes modalidades de processos:

(...)

XIII – Termo de Ajuste de Gestão.

TCE/MG: LEI COMPLEMENTAR Nº 102/2008

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

**TCE/GO: RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº
006/2012**

**Regulamenta o Termo de Ajustamento
de Gestão – TAG – no âmbito do Tribunal
de Contas do Estado de Goiás**

CASO CONCRETO:

TAG FIRMADO ENTRE O TCE/MG E O GOVERNO DO ESTADO

A adoção do TAG, de acordo com o relatório do Conselheiro Mauri Torres (processo 862943), justificou-se pela ausência de prazo legal para conformação às novas regras de gastos com saúde fixadas pela mencionada lei e da falta de razoabilidade de se exigir de imediato o cumprimento do mínimo constitucional, haja vista, inclusive, que é corriqueira a concessão de um prazo de transição, o que não teria ocorrido dessa vez.

O TAG, nesse contexto, ajustou as expectativas quanto ao cumprimento da lei e deu ao gestor segurança no encaminhamento da política para os setores de saúde e ensino, ao se definirem com a Corte de Contas os percentuais de gastos aceitáveis para a rubrica.



3 – CELEBRAÇÃO DE TAG NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

No ano de 2011, chegou-se a discutir no Tribunal de Contas da União a possibilidade do Termo de Ajustamento de Gestão, posto que o referido instrumento seria de grande valia no que atina à eficiência de atuação do Tribunal.

Apesar disso, não foi a tentativa de implantação bem-sucedida, posto que, conforme expôs Angerico Alves Barroso Filho, o Ministro Ubiratan Aguiar:

“Posicionou-se contrário à adoção do instrumento do âmbito do TCU, por considerar que não há amparo jurídico para a medida, e que constituiria uma etapa processual desnecessária. Ademais, destaca que os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público não autorizam o Tribunal transigir com o responsável eventuais prejuízos causados ao erário, nem permitira dispensar a aplicação de determinada sanção.”

(BARROSO FILHO. Angerico Alves. Avaliação do Termo de Ajuste de Gestão como instrumento do Controle Consensual da Administração Pública. 2014).

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.655/18, em especial no que envolve o seu art. 23, poderá ser tal entendimento modificado, posto que há a possibilidade de modulação das decisões administrativas.

Argumento favorável à possibilidade de mudança de entendimento do TCU encontra-se no Acórdão nº 178/2018, o qual demonstrou preocupação da Corte com os novos ditames provindos da modificação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no qual ficou demonstrada preocupação com melhores práticas de controle no âmbito de uma auditoria especial para avaliar o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), na região metropolitana do Rio de Janeiro. No caso, a Corte demonstrou sensibilidade quanto às dificuldades enfrentadas na implementação de determinações e recomendações em cenário de escassez de recursos, deixando de punir o gestor em razão de sua probidade.

PROCESSO TC 005.650/2006-7

Acordão 178/2018

19. Em alguns casos, observo que os gestores consideraram que atenderam as recomendações ou determinações do Tribunal, mas a unidade instrutora rejeitou as justificativas apresentadas por insuficiência de provas ou por considerar as providências adotadas insatisfatórias. Em certos momentos, as respostas apresentadas em cotejo com a análise da secretaria instrutora causam ainda a impressão de que não houve uma adequada compreensão, pelo jurisdicionado, do que efetivamente se pretendia com as determinações e recomendações exaradas. Abaixo transcrevo algumas das passagens que exemplificam as situações que acabo de mencionar:

“[‘9.3. determinar à Secretaria de Estado de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e às Secretarias Municipais de Saúde do Rio de Janeiro, Belford Roxo, Duque de Caxias, Nova Iguaçu e São João de Meriti que, no âmbito de suas competências’]:

‘9.3.6. promovam avaliações e monitoramento dos indicadores de desempenho verificados em decorrência da ação dos Municípios e Estado, conforme discriminado na NOAS 01/2002, em função do cumprimento das metas pactuadas, de modo que os indicadores subsidiem o processo decisório e possibilitem tempestivas correções de rumo, quando for o caso, considerando que os indicadores atualmente existentes, divulgados pelo DATASUS, estão desatualizados e não geram ações retificadoras;’

20. Em situações dessa natureza, nas quais o gestor considera que cumpriu a decisão do Tribunal, mas, no entender da Secex-RJ, não foram apresentadas provas ou informações suficientes nesse sentido, creio que a demora na análise das justificativas apresentadas pode ser extremamente prejudicial para exercício do direito de defesa dos responsáveis. Isso porque, depois de tanto tempo, seria muito difícil os gestores, ainda que em grau de recurso, reunirem mais documentos para provar os fatos que alegaram à época, ou apresentarem mais esclarecimentos com vistas a comprovar o cumprimento das determinações exaradas por esta Corte.

21. Nesse contexto, creio que os elementos dos autos não seriam suficientes para ensejar a aplicação das multas propostas.

22. De qualquer sorte, mesmo que o fossem, observo que a pretensão punitiva deste Tribunal em relação aos fatos ora apurados já se encontra prescrita. Acerca do tema, vale lembrar que, conforme o entendimento assentado por esta Corte no paradigmático Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário:

“9.1.1 a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil,

9.1.2. a prescrição a que se refere o subitem anterior é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil;

9.1.3. o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte interrompe a prescrição de que trata o subitem 9.1.1, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil;

9.1.4. a prescrição interrompida recomeça a correr da data em que for ordenada a citação, a audiência ou oitiva da parte, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil;”

(Voto. Ministro Relator Bruno Dantas).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de monitoramento de auditoria operacional realizado no período de 30/6 a 25/8/2006 com o objetivo de aferir o grau de implementação das determinações e recomendações efetuadas por meio dos Acórdãos 1.843/2003 e 726/2005-TCU-Plenário,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. acolher o pedido de Mauro Celio de Almeida Marzochi de desconsideração da prorrogação de prazo por ele pleiteada, por não ser responsável no processo, bem como excluí-lo da relação processual;

9.2. excluir da relação processual José Gomes Temporão, Marcia Bassit Lameiro da Costa Mazzoli, Sérgio Luiz Côrtes da Silveira, Marli Silva Câmara de Freitas, João Dansa Ribeiro, Altair Soares Pereira Junior e Alfredo Damião Marangoni da Silva, por terem iniciado suas gestões após 25/8/2006, data de conclusão dos trabalhos deste monitoramento;

9.3. considerar revéis no processo, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992, Valcler Rangel Fernandes, Suely das Graças Alves Pinto, João Dansa Ribeiro, Jacob Kligerman, Ronaldo Cesar Coelho e Roberto Antônio Cordeiro do Amaral;

9.4. reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal em relação aos fatos que deram ensejo às audiências dos responsáveis nestes autos, com fundamento nos arts. 205 e 202, inciso I, e parágrafo único, do Código Civil;

9.5. encaminhar cópia deste acórdão à Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados, em atendimento à deliberação presente no item 9.4.1 do Acórdão 368/2009-TCU-Plenário;

9.6. determinar o apensamento deste processo e do TC 018.215/2004-7 (primeiro monitoramento) ao TC 018.134/2002-0.



Apesar de o Tribunal de Contas da União ainda não adotar o Termo de Ajustamento de Gestão, há de se observar que a Corte, por vezes, efetua modulação dos efeitos de suas decisões, tal como ocorreu no Processo TC 030.098/2017-3.

O mencionado Processo envolve Relatório de Acompanhamento (Racom) dos atos e procedimentos adotados pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), tendo em vista as alterações normativas introduzidas pelo Decreto 9.048/2017, que alterou o Decreto 8.033/2013. Esses normativos regulamentam a Lei 12.815/2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.


O exame de minuta padrão de adaptação dos contratos de arrendamento portuário existentes às disposições do Decreto 9;048/2017, a SeinfraPortoFerrovia identificou, em caráter preliminar, indícios de irregularidades em:

- (a) Possibilidade de extensão da vigência do contrato sem amparo legal;**
- (b) Possibilidade de realização de investimentos fora da área arrendada;**
- (c) Possibilidade de substituição da área pública arrendada sem licitação prévia.**

O risco de que a continuidade dos procedimentos no âmbito do MTPA venha a materializar algum tipo de expectativa de direito nos atuais arrendatários, a unidade instrutora elaborou instrução técnica percuciente em que propõe a concessão de medida cautelar para impedir a assinatura de termos aditivos de adaptação dos contratos de arrendamento portuários às regras do Decreto 9.048/2017 até ulterior apreciação de mérito por parte do Tribunal, com cláusulas que contemplem a possibilidade de:

- (a) Majoração do prazo de vigência contratual;**
- (b) Realização de investimento fora da área arrendada com imposição de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato;**
- (c) Substituição da área arrendada.**



Reconheceu-se a existência dos requisitos de concessão de medida cautelar:

- (a) *Fumus boni iuris*: Inclusão de cláusulas permissivas de extensão do prazo máximo contratual nos ajustes celebrados sob a égide da Lei 8.630/93 e possibilitando a realização de investimentos fora da área arrendada e a substituição das áreas onde se encontram os atuais arrendamentos;**
- (b) *Periculum in mora*: A elaboração das minutas de termos aditivos, já tendo sido cumpridas as etapas preparatórias à celebração dos contratos.**

O *Fumus Boni Iuris* teve a sua existência caracterizada, contudo, o mesmo não ocorreu com o *Periculum in Mora*, tendo em vista o Ofício expedido pelo Ministro de Estado dos Transportes, Portos e Aviação Civil (Ofício 001/2018/GM/MTPA) e ao item 175 da manifestação da Casa Civil, os quais devem ser compreendidos como um compromisso institucional de que qualquer termo aditivo na linha ora questionada dependerá da confirmação de sua regularidade por parte desta Corte de Contas.

Com efeito, se, posteriormente à instrução, ficou evidenciado que “não se celebrará qualquer termo aditivo sem a oitiva, análise e confirmação da própria Corte de Contas”, restou afastado o risco inicialmente vislumbrado de que viessem a “ser criadas relações jurídicas contratuais com indícios de irregularidades.

Em virtude desse novo fato, o qual descaracteriza o risco de ineficácia da decisão de mérito que vier a ser adotada pelo Tribunal, deixou-se de adotar, na presente oportunidade, a medida cautelar sugerida pela SeinfraPortoFerrovia.



Com isso, decidiu o Ministro Bruno Dantas:

“Indeferir a medida cautelar sugerida, em virtude de compromisso apresentado pelo Ministro do Estado dos Transportes, Portos e Aviação Civil no sentido de que não se procederá à assinatura dos termos aditivos de adaptação contratual até que o Tribunal delibere, no mérito, quanto à matéria.”

VI.

DA BUSCA PELA BOA ADMINISTRAÇÃO



**Reflexão sobre tudo o que foi anteriormente
exposto, com fulcro na constante busca por
uma administração eficiente.**





Nas palavras de Mário Aroso de Almeida:

“O conteúdo do conceito é, assim, associado à ideia de que a administração Pública tem o dever de prosseguir sempre da melhor maneira possível o interesse público, a satisfação das necessidades coletivas postas a seu cargo, adotando, para o efeito, as melhores soluções possíveis, do ponto de vista possíveis, do ponto de vista administrativo, adotando, para o efeito, as melhores soluções possíveis, do ponto de vista administrativo (técnico, financeiro).

(...)

Com efeito, trata-se, no essencial, de configurar a boa administração como um dever jurídico que se concretiza na observância de parâmetros de natureza jurídica, de regras e princípios jurídicos, com o que o conceito de boa administração vem a ser utilizado como uma fórmula de síntese, sob a capa da qual se reúne um conjunto de regras e princípios de indiscutível natureza jurídica, dos quais resultam deveres jurídicos perfeitos, cujo cumprimento pode ser exigido perante os tribunais, e que, de um modo geral, se encontram consagrados na legislação interna dos Estados europeus mais avançados.



Isto afigura-se, desde logo, evidente relativamente ao artigo 41º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo conteúdo se concretiza, como já foi referido, na consagração do direito dos cidadãos europeus à tomada de decisões imparciais, equitativas e em prazo razoável por parte dos órgãos da União, do direito à informação e audiência prévia no âmbito dos procedimentos que por eles são conduzidos e do direito à fundamentação das decisões que são tomadas no âmbito desses procedimentos.

Com efeito, os deveres que, nesse artigo, são impostos aos órgãos comunitários são deveres jurídicos, que, aliás, correspondem a direitos daqueles que se encontrem em posição de exigir o respectivo cumprimento. Deduzidos, como foi referido, a partir do *case law* do Tribunal de Justiça, apenas recolhem alguns dos princípios que, ao longo do tempo, aquele tribunal foi qualificando como princípios da boa administração – aqueles que se terá entendido serem dotados de uma maior densidade jurídica, no conjunto de uma jurisprudência pretoriana, que tem, por vezes, avançado para aspectos que ultrapassam as fronteiras do estritamente jurídico. Por isso mesmo, trata-se, no essencial, de deveres que, de um modo geral, se encontram consagrados na ordem interna dos Estados membros da União, como deveres jurídicos que se impõem às respectivas Administrações e podem ser objeto de tutela judicial.”

(ALMEIDA, Mário Aroso de. Teoria Geral do Direito Administrativo. 2012).

VII.

PL nº 7.448/2017 e Lei nº 13.655/2018

Comparativo

Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

PL 7.448/2017

LEI Nº 13.655/2018

Art. 1º. O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos:

MANTIDO

PL 7.448/2017

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

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

LEI Nº 13.655/2018

MANTIDO

PL 7.448/2017

Art. 21. A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos

LEI Nº 13.655/2018

MANTIDO

PL 7.448/2017

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as **circunstâncias práticas** que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstância agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

LEI Nº 13.655/2018

MANTIDO

PL 7.448/2017

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. Se o regime de transição, quando aplicável nos termos do caput, não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso.

LEI Nº 13.655/2018

PARÁGRAFO ÚNICO VETADO

PL 7.448/2017

Art. 24. A revisão, na esfera administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público

LEI Nº 13.655/2018

MANTIDO

PL 7.448/2017

Art. 25. Quando necessário por razões de segurança jurídica de interesse geral, o ente poderá propor ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja sentença fará coisa julgada com eficácia erga omnes.

§ 1º A ação de que trata o caput será processada conforme o rito aplicável à ação civil pública.

§ 2º O Ministério Público será citado para a ação, podendo abster-se, contestar ou aderir ao pedido.

§ 3º A declaração de validade poderá abranger a adequação e a economicidade dos preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste.”

LEI Nº 13.655/2018

ARTIGO INTEIRO VETADO.

PL 7.448/2017

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

§ 1º O compromisso:

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

II – poderá envolver transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado e, ainda, o estabelecimento de regime de transição;

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 cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º Poderá ser requerida autorização judicial para celebração do compromisso, em procedimento de jurisdição voluntária, para o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício de compromisso, salvo enriquecimento ilícito ou crime.

LEI Nº 13.655/2018

INCISO II DO § 1º E TODO O §2º VETADOS

PL 7.448/2017

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

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

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

LEI Nº 13.655/2018

MANTIDO

PL 7.448/2017

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais.

§ 2º O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências e em observância ao interesse geral terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa.

§ 3º Transitada em julgado decisão que reconheça a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, o agente público ressarcirá ao erário as despesas.

LEI Nº 13.655/2018

§§ 1º, 2º e 3º VETADOS.

PL 7.448/2017

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

§ 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver

§ 2º É obrigatória a publicação, preferencialmente por meio eletrônico, das contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo.

LEI Nº 13.655/2018

§§ 2º VETADO

PL 7.448/2017

LEI Nº 13.655/2018

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

MANTIDO

PL 7.448/2017

LEI Nº 13.655/2018

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, salvo o art. 29 [acrescido à Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), pelo art. 1º desta Lei], que entrará em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.

MANTIDO



CONSIDERAÇÕES FINAIS



Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira



Al. Lorena, 800, cj.
701 - Jardins São
Paulo/SP - Brasil - CEP
01424-001



www.justinodeoliveira.com.br



blogdojustino.com.br



Tel.: +55 (11) 3525-
7274



[gustavo@justinodeoliveira.
com.br](mailto:gustavo@justinodeoliveira.com.br)

