



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

BRUNO QUADROS NOGUEIRA DE LIMA

**A LEGALIDADE DA CELEBRAÇÃO DO TERMO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) NO ÂMBITO
CORRECCIONAL DO PODER EXECUTIVO FEDERAL**

Salvador
2020

BRUNO QUADROS NOGUEIRA DE LIMA

**A LEGALIDADE DA CELEBRAÇÃO DO TERMO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) NO ÂMBITO
CORRECCIONAL DO PODER EXECUTIVO FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Durval Carneiro Neto

Salvador
2020

BRUNO QUADROS NOGUEIRA DE LIMA

**A LEGALIDADE DA CELEBRAÇÃO DO TERMO DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) NO ÂMBITO
CORRECCIONAL DO PODER EXECUTIVO FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Bruno Quadros Nogueira de Lima

Data de aprovação: Salvador, _____ de _____ de _____.

Banca examinadora

Durval Carneiro Neto – Orientador _____
Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins _____
Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa
Universidade Federal da Bahia

Marcelo Luís Abreu e Silva _____
Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela saúde e por me permitir mais essa conquista.

Aos meus pais, pelo amor, pelo apoio e estímulo constantes e por serem meus exemplos de caráter e integridade.

A Maria, pelo amor e por estar sempre ao meu lado.

A Alezinha, pelo incentivo em todos os momentos.

Ao meu orientador, professor Durval Carneiro Neto, por se mostrar sempre disponível.

RESUMO

A presente monografia analisa a legalidade do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) na esfera correcional do Poder Executivo Federal, tendo em vista a previsão desse instrumento por ato normativo infralegal. Discorreu-se inicialmente sobre a consensualidade, importante característica que vem pautando a atuação da Administração Pública no Estado Democrático de Direito, apresentando-se o TAC como um de seus mecanismos. Em seguida, adentrou-se na esfera disciplinar, com o detalhamento do TAC e suas características de acordo com a Instrução Normativa da Controladoria-Geral da União nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, que regulamentou o instrumento no âmbito correcional do Poder Executivo Federal. Foram então analisados o princípio da legalidade e outros princípios que regem a Administração Pública: eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e indisponibilidade do interesse público, estabelecendo-se relações desses princípios com a atuação administrativa consensual e especificamente com o TAC, bem como dos princípios entre si.

Palavras-chave: Consensualidade. Termo de Ajustamento de Conduta. Poder Disciplinar. Legalidade. Princípios da Administração Pública.

ABSTRACT

This paper analyzes the legality of the Conduct Adjustment Agreement (TAC) in the context of the disciplinary sphere of the Federal Executive Branch, in view of its provision by an infralegal normative act. Initially, it has been discussed the consensual administrative action, as an important characteristic that has guided the Public Administration in the performance of its duties nowadays, presenting the TAC as one of its mechanisms. Then, the disciplinary sphere has been addressed, thereby detailing the TAC's characteristics in accordance with the Normative Instruction nº 4, dated February 21, 2020, enacted by Controladoria-Geral da União, which regulated this instrument within the disciplinary scope of the Federal Executive Branch. Hence, the principle of legality and other principles that govern the Public Administration were further analyzed: efficiency, reasonableness, proportionality and supremacy of the public interest, thereby establishing the relationship between these principles and the consensual administrative action, and more specifically with the TAC, as well as the relationships among these principles themselves.

Keywords: Consensual Administrative Action. Conduct Adjustment Agreement. Disciplinary. Legality. Principles of Public Administration.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CGU	Controladoria-Geral da União
CPC	Código de Processo Civil
CRG	Corregedoria-Geral da União
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IN	Instrução Normativa
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
PAD	Processo Administrativo Disciplinar
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 A CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC)	12
2.1 A CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	12
2.2 O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.....	20
2.2.1 Conceito e natureza jurídica do TAC	20
2.2.2 Previsão do TAC em leis	24
3 O TAC NO ÂMBITO CORRECIONAL DO PODER EXECUTIVO FEDERAL	28
3.1 A PREVISÃO NORMATIVA DO TAC NA ESFERA CORRECIONAL DO PODER EXECUTIVO FEDERAL.....	28
3.2 O PODER DISCIPLINAR E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	34
3.2.1 Considerações gerais sobre a discricionariedade administrativa	34
3.2.2 O exercício do poder disciplinar x discricionariedade administrativa em celebrar o TAC	35
4 A CONSENSUALIDADE E O TAC NA ESFERA CORRECIONAL X PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	41
4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	41
4.1.1 Vinculação da Administração Pública apenas à lei formal?	41
4.1.2 O alicerce legal para a regulamentação do TAC na esfera correcional federal	44
4.2 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	50
4.3 PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.....	55
4.4 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO.....	59
4.5 SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS.....	66
5 CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS	72

1 INTRODUÇÃO

A atuação consensual tem sido uma das características da Administração Pública no Estado Democrático de Direito. O Termo de Ajustamento de Conduta é um dos instrumentos da consensualidade na resolução de conflitos com os administrados. Foi inicialmente previsto em leis referentes à tutela de interesses transindividuais, e vem sendo utilizado na seara administrativa como meio alternativo a procedimentos sancionadores ou à aplicação de sanções.

No âmbito do Poder Executivo Federal, o então Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União trouxe uma relevante inovação na prática da matéria correcional, ao disseminar, para todo o Poder Executivo Federal, a ferramenta do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), por meio da Instrução Normativa (IN) nº 2, de 30 de maio de 2017. Atualmente o assunto é disciplinado pela Controladoria-Geral da União (CGU) por meio da Corregedoria-Geral da União (CRG), um de seus órgãos específicos singulares, através da Instrução Normativa (IN) nº 4, de 21 de fevereiro de 2020.

De acordo com a referida IN, órgãos e entidades do Poder Executivo Federal poderão celebrar o TAC nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, sendo esta definida como a conduta punível com advertência ou suspensão de até 30 dias, nos termos do art. 129 da Lei nº 8.112/1990, ou com penalidade similar prevista em lei ou regulamento interno. No caso de servidor público não ocupante de cargo efetivo e de empregado público o TAC somente poderá ser celebrado nas infrações puníveis com a penalidade de advertência.

Diferentemente do TAC previsto em leis que tratam de direitos transindividuais, a previsão desse instrumento no âmbito correcional do Poder Executivo Federal se deu por ato infralegal (instrução normativa). Ocorre que a Lei 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, determina a aplicação de advertência ou suspensão quando, mediante procedimento de sindicância (a suspensão neste caso fica limitada a 30 dias) ou processo administrativo disciplinar, for apurada alguma das infrações que especifica, não havendo previsão do TAC nessa lei.

Diante desse cenário, o presente trabalho partiu da seguinte pergunta-problema: a previsão do TAC na IN CGU nº 4/2020 fere o princípio da legalidade, ao qual está submetida

a Administração Pública, tendo em vista a ausência desse instrumento (TAC) na Lei 8.112/1990?

A sociedade brasileira preza pelo bom andamento dos serviços públicos, e sobre eventuais infrações disciplinares cometidas pelos servidores devem recair as consequências que melhor atendam aos princípios da Administração Pública.

O presente trabalho é relevante tendo em vista abordar a viabilidade de uma dessas consequências - o TAC - em substituição aos procedimentos ou às penalidades impostas por lei. Assim, a pesquisa justifica-se pela possibilidade de demonstrar uma nova compreensão acerca das consequências às infrações disciplinares (de menor potencial ofensivo) cometidas por servidores públicos federais.

No que concerne à originalidade desta pesquisa, observa-se que a possibilidade de celebração do TAC é matéria relativamente nova no âmbito correcional a nível federal, tendo em vista que a IN da CGU que o instituiu inicialmente foi a IN nº 2, de 30 de maio de 2017. O referido ato normativo considerou como infração de menor potencial ofensivo apenas a conduta punível com advertência, e foi revogado pela IN CGU nº 17, de 20 de dezembro de 2019, que passou a considerar também a conduta punível com suspensão de até 30 dias como infração disciplinar de menor potencial ofensivo sujeita ao TAC, sendo portanto tal relevante alteração normativa bastante recente. Sobreveio então a IN CGU nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, que revogou a IN CGU nº 17, de 20 de dezembro de 2019, e encontra-se atualmente vigente.

Logo, são necessários estudos acadêmicos acerca desse instrumento - TAC, a fim de aprofundar os conhecimentos sobre o mesmo, bem como suas consequências no âmbito correcional do Poder Executivo Federal.

Aventou-se a hipótese de que a previsão do TAC em norma infralegal, substituindo os procedimentos disciplinares que poderiam resultar em penalidades de advertência e suspensão de até 30 dias, previstos na Lei nº 8.112/1990, encontra amparo legal e constitucional, a partir da análise do arcabouço legal que se relaciona ao tema, bem como dos princípios que regem a Administração Pública, tais como o da legalidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e indisponibilidade do interesse público.

O objetivo geral deste estudo é analisar se a previsão da celebração do TAC, por meio de ato infralegal - Instrução Normativa CGU nº 4, de 21 de fevereiro de 2020 -, fere o

princípio da legalidade, ao qual está submetida a Administração Pública, tendo em vista a ausência desse instrumento na Lei nº 8.112/1990.

Dividiu-se a estrutura do presente trabalho em três capítulos, com o fito de melhor analisar os tópicos acerca do tema. No primeiro capítulo discorreu-se sobre a consensualidade, como importante característica que pauta a atuação administrativa na atualidade, e foi apresentado o TAC como um de seus instrumentos, definindo-o e apresentando exemplos de sua previsão em leis fora da esfera disciplinar.

No segundo capítulo o TAC foi analisado no âmbito correccional do Poder Executivo Federal, detalhando-se o seu funcionamento de acordo com as diretrizes estabelecidas pela IN CGU nº 4/2020, como meio alternativo à instauração de procedimento disciplinar ou das penalidades que dele pudessem advir. Nesse sentido, foi também discutida a relação entre o exercício do poder disciplinar e a discricionariedade na atuação administrativa.

No terceiro e último capítulo, buscou-se conceituar os princípios da legalidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e indisponibilidade do interesse público, de acordo com a mais renomada doutrina do Direito Administrativo brasileiro, estabelecendo relações desses princípios com a atuação administrativa consensual e, de forma mais específica, com o TAC, especialmente na esfera correccional.

Para alcançar os objetivos propostos foi utilizado o método hipotético-dedutivo, que possibilitou testar a hipótese formulada a partir do estudo da consensualidade na atuação administrativa e sua aplicação no âmbito do Poder Disciplinar, bem como da análise e sopesamento dos princípios que regem a Administração Pública. Foi também utilizado o método da pesquisa exploratória, com o propósito de definir o conceito de TAC e apresentar exemplos de sua previsão em leis, explicar seu funcionamento no âmbito correccional do Poder Executivo Federal, bem como relacioná-lo, como um dos instrumentos da consensualidade, com os princípios da Administração Pública da legalidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e indisponibilidade do interesse público. A natureza exploratória do trabalho foi associada à pesquisa bibliográfica e documental, tendo sido utilizadas na coleta de dados fontes primárias e secundárias, como livros, artigos científicos e a legislação que trata do tema.

Por fim, tem-se a conclusão, em que são demonstradas as impressões finais do presente estudo, após análise da pesquisa realizada, acerca da legalidade da celebração do TAC na esfera correccional do Poder Executivo Federal.

2 A CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC)

2.1 A CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os modelos políticos antigos, em sua maioria, não eram propícios à formação de pólos de consenso na sociedade, pelo contrário: baseavam-se na concepção de que era necessária a concentração de poder, para impor comportamentos que assegurassem uma convergência de esforços fundada na coerção, com raras exceções históricas. As bases para o surgimento do modelo renascentista do Estado-Nação partiram desses modelos antigos, e até hoje, embora com alterações, é o que se perpetua na organização política dos povos, sendo mantida a característica dominante da imperatividade (MOREIRA NETO, 2016, fl. 161).

Esse modelo, cuja orientação inicial não foi a busca do consenso, mas a imposição da coerção, assim se manteve quando da importante mudança para o Estado de Direito, no contexto do Iluminismo, o que denota a sua evolução de forma bastante lenta ao longo dos séculos. A inspiração libertária dos direitos fundamentais, surgida no século XVIII na França como reação à concentração do poder real (Absolutismo), foi insuficiente para servir de base às novas relações entre as sociedades e os Estados (MOREIRA NETO, 2016, fl. 161 e 164).

O Direito administrativo originou-se a partir do modelo liberal do Estado, vigente a partir do século XIX, período em que o poder de império, decorrente da soberania, acabou por conformar os institutos e categorias desse ramo jurídico. Em virtude dessa imperatividade, a ação administrativa típica era manifestada por meio de atos cujos atributos essenciais relacionavam-se à ideia de autoridade. A Administração Pública tinha então traços autoritários, com a desigualdade entre a Administração e os indivíduos, tendo como uma das principais características a de impor obrigações ao administrado (OLIVEIRA & SCHWANKA, 2009).

O Direito Administrativo nasce então com a índole autoritária, caracterizado por um regime composto por prerrogativas públicas que, exorbitantes e instrumentais, terminam por colocar a Administração Pública em posição de superioridade frente ao administrado, estabelecendo com esse relações verticalizadas (PALMA, 2015, p. 50-51).

Neves e Ferreira Filho (2018) explicam que o Direito Administrativo nos países de cultura jurídica romano-germânica, principalmente nos mais influenciados pelo pensamento

francês, foi pautado pela noção de poderes administrativos em uma relação de verticalidade, com uma atuação administrativa pautada pela unilateralidade, imperatividade e autoexecutoriedade. A ideia de consenso conflitaria com esses fundamentos, somente passando a ter atenção da doutrina recentemente.

A visão imperativa foi então herdada da doutrina francesa, que por muitos anos influenciou, de maneira quase hegemônica, muitos sistemas, inclusive o brasileiro. Essa visão significou um atraso na aceitação das vias negociais administrativas, que eram coibidas para o Direito Administrativo (MOREIRA NETO, 2016, p. 188).

Carnaes (2016, p. 08) concorda que o Direito Administrativo surgiu para colocar a Administração Pública em posição de supremacia frente aos administrados, mas ressalva que não se trata de uma forma de autoritarismo remanescente da monarquia absolutista, pois ao invés de permitir a existência de um monarca acima de qualquer regramento, passou a exigir que o poder estatal também se submetesse às leis, limitando seu poder em prol dos cidadãos. Mas a autora admite que o problema surge quando a atuação da Administração começa a sofrer uma crise de legitimidade, ao se afastar dos ideais da população que gerencia, ou seja, quando as suas medidas não mais se coadunam com a evolução da sociedade, o que pode ocorrer até mesmo pela mera falta de previsão legal para atuações alternativas.

Palma (2015, p. 52-57) entende que o direito administrativo brasileiro é notadamente autoritário, e explica as duas características fundamentais das prerrogativas públicas: a exorbitância e a instrumentalidade. A exorbitância serve de fator de desequilíbrio nas relações administrativas (verticalidade), viabilizando a imposição da decisão administrativa e determinando inclusive obrigações aos administrados. Coloca então em evidência a autoridade, a supremacia da Administração Pública frente ao administrado, caracterizada pela faculdade de impor unilateralmente a decisão administrativa a esse último. A instrumentalidade, por sua vez, cumpre o papel de legitimar a existência das prerrogativas públicas no Estado Democrático de Direito, e está atrelada às funcionalidades que as prerrogativas públicas desempenham, destacadas em três classes: a satisfação da tutela do interesse público, a supremacia do interesse público sobre o privado e a eficiência (melhor consecução dos fins públicos).

As prerrogativas públicas são então eminentemente instrumentais, ou seja, consistem em instrumentos colocados à disposição da Administração Pública para viabilizar ou otimizar a ação administrativa para satisfação das finalidades públicas (PALMA, 2015, p. 181).

Um dos modelos ou espécies da atuação imperativa da Administração Pública é a sua prerrogativa sancionatória, que pode ser definida como “a faculdade detida pela Administração Pública de impor unilateral e imperativamente sanções administrativas”. Dessa prerrogativa sancionadora resultam atos administrativos específicos, imperativos e unilaterais, que são as sanções administrativas. Estas incidem independentemente da aquiescência de seu destinatário, produzindo (ou com vistas a produzir) os seguintes efeitos: repressão do infrator, recomposição da legalidade e prevenção de novas infrações, tendo em vista o seu efeito simbólico à sociedade (PALMA, 2015, p. 87 e 90).

Somente na segunda metade do século passado chegou-se ao Estado Democrático de Direito, sendo possível a partir daí distinguir, ainda que timidamente, a ideia do consenso, que aos poucos de desenvolveu para vir a ser definido como “o primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado” (MOREIRA NETO, 2016, p. 161).

Abre-se aqui um parêntese a fim de definir o termo “administração concertada”: trata-se de expressão designativa para os novos modelos da ação administrativa, caracterizados por uma atividade consensual e negocial, que passou a ser empregada também para o desenvolvimento de projetos conjuntos entre a iniciativa privada e as entidades administrativas públicas, bem como para a solução de conflitos (MOREIRA NETO, 2016, p. 178). Na concertação não há uma relação de subordinação entre a Administração e as entidades parceiras, pois há um processo de negociação para a composição de eventuais conflitos entre as partes, o que pressupõe a autonomia dos envolvidos (OLIVEIRA & SCHWANKA, 2009).

Mas foi somente a partir do final dos anos 1990 que pôde ser observada uma reviravolta na gestão administrativa, passando de um modelo de Administração tradicional, marcado pela verticalidade, autoridade e hierarquia, para um Estado mediador de interesses públicos, que passa a atuar em rede com a sociedade, em relações horizontais com o setor privado, com o fim de atingir maior eficiência na alocação dos recursos públicos. A atuação em rede tem como reflexo a governança pública, caracterizada pelas parcerias público-privadas e por uma nova noção de democracia participativa (MONTEIRO, 2012).

Oliveira e Schwanka (2009), citando Manuel Castells, definem o Estado em rede como o Estado caracterizado pelo compartilhamento de autoridade em uma rede. Os autores entendem a governança pública como uma noção complementar do Estado em rede, podendo ser definida como um modelo alternativo a estruturas hierarquizadas de Governo, implicando

que os Governos sejam mais eficazes no contexto da economia globalizada, com a finalidade de alcançar a estabilidade das instituições pelo fortalecimento do Estado de Direito e da sociedade civil, com o fomento da participação e do pluralismo.

Pode-se então falar hoje em novos paradigmas que pautam a Administração Pública: a consensualidade (administração concertada), a horizontalidade, o “Estado em rede” (constante vínculo com a sociedade) e a governança pública. A partir daí desenvolvem-se os mais variados instrumentos de atuação consensual, como por exemplo acordos com os administrados, contratos, convênios, etc. Assim é que se torna possível a substituição de atos administrativos autoritários por mecanismos consensuais que melhor atingem aos interesses públicos tutelados (MONTEIRO, 2012).

O Estado democrático pressupõe então a participação do administrado no aprimoramento das atividades administrativas, estando aí inserida a consensualidade. Espera-se uma Administração moderna e eficaz, que seja capaz de conjugar os interesses do Estado e dos particulares a fim de melhor atender às demandas sociais. Assim é que a atuação administrativa clássica, por meio de atos unilaterais imperativos no desempenho da prerrogativa sancionatória, não mais se mostra plenamente adequada quando se entende que o desempenho estatal deve hoje se dar em maior conformidade com a eficiência para o encerramento de antagonismos (SCHOLZE, 2016). Carnaes (2016, p. 10) entende que a imperatividade não é contrária ao consensualismo, pois se somam de forma a constituírem instrumentos de atuação da Administração Pública.

No Brasil, esse novo modelo de Administração gerencial consolidou-se a partir da Reforma Administrativa promovida por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, que inseriu mudanças como a descentralização do poder, a abertura à consensualidade, a fiscalização de desempenho dos servidores públicos e o princípio da eficiência como um dos norteadores da atuação administrativa (CARNAES, 2016, p. 145). O aprimoramento do modelo burocrático através do novo modelo gerencial, em busca da eficiência, flexibilizou as formas de controle e punição dos agentes pela Administração Pública (CARNAES, 2016, p. 183). Buscou-se a democratização do aparato estatal com uma maior participação da sociedade, adotando-se um modelo de administração pública consensual com uma maior participação dos administrados na atuação administrativa eficiente.

Uma das mudanças no Direito Administrativo atual é então a sua constitucionalização, com reflexos sobre o princípio da legalidade, a supremacia dos direitos fundamentais, a democratização da Administração Pública e a consensualidade, dentre outros (DI PIETRO

apud SOUSA NETO, 2018). Assim, a grande influência dos princípios constitucionais acaba fazendo com que institutos tradicionais do Direito Administrativo sejam revisitados pelos ares da democracia e da valorização dos direitos fundamentais, com a necessidade de uma maior participação dos administrados na condução da coisa pública (SOUSA NETO, 2018).

Monteiro (2012) da mesma forma entende que esse novo cenário, alternativo às estruturas hierarquizadas do governo, impõe a revisão de dogmas da Administração Pública, a fim de adaptá-los ao novo modelo de uma Administração consensual. A legalidade estrita e a indisponibilidade do interesse público são alguns desses conceitos a serem revisados, segundo o autor, o que será abordado nos tópicos 4.1 e 4.4 do presente trabalho, respectivamente.

Neves e Ferreira Filho (2018) concordam que a consensualidade no âmbito estatal, ao permitir uma parceria entre Estados e administrados, constitui-se em uma das releituras dos instrumentos tradicionais do Direito Administrativo, mas ponderam que, se por um lado, caracteriza-se por ser uma prática vantajosa para a Administração Pública, especialmente do ponto de vista social e econômico, por outro enfrenta o argumento acerca da ideia tradicional da indisponibilidade do interesse público e suas repercussões. Esse potencial conflito entre a consensualidade e a indisponibilidade do interesse público será posteriormente discutido no tópico 4.4, adiantando-se desde já que os referidos autores defendem que o interesse público ganhou uma nova visão e, no contexto atual, não deve ser entendido como um óbice absoluto à consensualidade administrativa.

A principal tarefa da Administração consensual passa a ser a de compor conflitos envolvendo interesses estatais e de particulares, incluindo os cidadãos no processo de determinação do interesse público, que deixa, portanto, de ser visto como um monopólio estatal. Abandona-se assim a rígida distinção entre interesse público e privado (OLIVEIRA & SCHWANKA, 2009).

A consensualidade é tema relativamente recente nos estudos teóricos do direito administrativo, mas já integra a sua produção acadêmica com análises sobre seus mais variados aspectos. Em alguns países os estudos envolvendo a consensualidade são mais avançados, como na Itália, Espanha e Alemanha, cujos ordenamentos possuem, em suas leis de processo administrativo, normas autorizadas da adoção de esquemas consensuais pela Administração. São permissivos genéricos que permitem a celebração de acordos com os administrados, em detrimento da atuação administrativa imperativa e unilateral (PALMA, 2015, p. 100).

Moreira Neto (2016, p. 190) chega a apontar a necessidade do desenvolvimento de estudos sobre o “princípio constitucional da consensualidade no direito brasileiro”, cuja existência, segundo o autor, terá o condão de iluminar relações entre Estado e sociedade, contribuindo para a aplicação e aperfeiçoamento dos instrumentos consensuais existentes bem como a criação de novos, demonstrando assim a enorme importância do tema.

Uma das vantagens da consensualidade é evidenciada na diminuição da enorme quantidade de litígios judiciais em que a Administração Pública figura como parte, eliminando altos custos e burocracia. A consensualidade em outros países possui previsão expressa, em grande parte a partir de uma autorização genérica, conforme já visto: é o caso do Direito italiano, espanhol, norte-americano e alemão. No caso brasileiro, o CPC dispõe, em seu art. 3º, § 2º, que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, ressaltando-se que as normas do CPC são aplicáveis ao processo administrativo de forma supletiva e subsidiária, por força de seu art. 15 (NEVES & FERREIRA FILHO, 2018).

Abreu e Silva (2018), ao tratar do caráter instrumental do processo administrativo, destaca que a garantia de acesso à jurisdição pelo administrado não deve significar que seja remetido para a via mais onerosa a fim de resolver um litígio, devendo a Administração buscar a pacificação social, o que pode se dar também pela resolução consensual do conflito.

Moreira Neto (2016, p. 176) defende que o consenso, como método alternativo de atuação estatal, representa uma renovação benéfica para a Política e para o Direito, pois contribui para aprimorar a governabilidade, propicia freios contra abusos, garante a atenção de todos os interesses, proporciona decisão mais sábia e prudente, evita desvios morais, desenvolve a responsabilidade das pessoas e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos.

A Administração Consensual marca a evolução de um modelo baseado no ato administrativo (unilateral) para outro que passa a contemplar os acordos administrativos (bi ou multilaterais). Caracteriza, assim, a transição de um modelo de gestão pública fechado e autoritário para um modelo aberto e democrático, desempenhando o Estado contemporâneo o seu papel de modo compartilhado com os cidadãos (OLIVEIRA & SCHWANKA, 2009).

Oliveira e Schwanka (2009) destacam que as técnicas consensuais vêm sendo empregadas como soluções preferenciais, e não unicamente alternativas, à utilização de métodos estatais unilaterais e impositivos para os cidadãos. Por isso, defendem que uma das linhas de transformação do Direito Administrativo é justamente evidenciar a abertura de

campos tradicionalmente ocupados pela imperatividade, dando lugar à consensualidade, sendo o consenso relacionado à participação e, portanto, a um modelo aberto e democrático do Estado. Nessa nova forma de administrar, as referências são o diálogo, a negociação, o acordo, a coordenação, a descentralização, a cooperação e a colaboração.

No mesmo sentido, vale citar a lição de Neves e Ferreira Filho:

Se a consensualidade passa a incorporar-se a um ordenamento jurídico e às necessidades de um Estado Eficiente, participativo e plural, é consequência começar a conceber um dever de consensualidade pautado nos novos paradigmas finalísticos dessa administração pública fundada numa releitura dos seus pressupostos tradicionais (NEVES & FERREIRA FILHO, 2018, p. 78).

Os autores citados acima ressaltam que não defendem a consensualidade como algo habitual e corriqueiro, sem observância dos demais princípios, tendo em vista que, a depender do caso concreto, pode não ser benéfico para o Estado celebrar eventual acordo. No entanto, se existe essa possibilidade, com a maximização do interesse público, o dever de consensualidade se impõe pelo menos com uma proposta ao interessado, com base em uma interpretação do ordenamento jurídico atual, especialmente dos artigos 3º, § 2º, 15 e 174 do CPC/2015, e com a reinterpretção do princípio do interesse público. Este dever, por sua vez, enfrenta obstáculos para sua concretização, como por exemplo a necessária regulamentação estabelecendo critérios sobre a atuação consensual, seja por lei ou por ato infralegal (NEVES & FERREIRA FILHO, 2018).

Seguindo o mesmo entendimento, Guerra e Palma (2018) defendem que os acordos devem ser celebrados quando a composição consensual for mais vantajosa ao interesse público do que a aplicação de sanção. Assim, em havendo a possibilidade de ser firmado um acordo, a penalidade poderia ser substituída por determinada prestação, desde que tal medida promova uma maximização do interesse público em relação à restrição do direito do particular.

Oliveira e Schwanka (2009) definem que o acordo, em suas mais variadas vertentes, constitui o instrumento de ação da Administração Consensual, sendo gênero do qual o contrato é espécie. Como exemplo de autorização legal para a realização de acordos administrativos, os autores citam o parágrafo 6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, acerca do compromisso de ajustamento de conduta. Explicam que a transação administrativa representa uma estratégia de negociação em que as partes, diante de uma relação jurídica controvertida, previnem ou terminam um litígio por meio de concessões recíprocas, solução essa estabelecida pelas próprias partes. A conciliação, por sua vez, ocorre quando a solução do conflito é

conferida a terceiro, que busca aproximar as partes e buscar o entendimento entre elas, devendo, todavia, haver de igual modo a manifestação de vontade dos litigantes para que se opere a conciliação. Mas destacam que a própria transação e a conciliação também consubstanciam-se por meio de acordos.

Não é objetivo do presente trabalho adentrar nas mais diversas práticas da administração consensual, mas vale trazer a classificação de Moreira Neto (2016, p. 180-189) a fim de se vislumbrar a enorme gama de espécies que caracterizam a consensualidade na Administração Pública. O autor considera inicialmente o consenso na tomada de decisão administrativa, podendo ser um elemento coadjuvante da formação da vontade da Administração - caso da coleta de opinião, debate público, audiência pública e assessoria externa -, ou um elemento determinante da formação dessa vontade, a exemplo do plebiscito, referendo, audiência pública, cogestão e delegação atípica. O consenso pode ser classificado também na execução administrativa, tendo como exemplos os contratos administrativos de parceria e acordos de coordenação (por cooperação ou por colaboração). Na prevenção de conflitos administrativos, tem-se as comissões de conflito e os acordos substitutivos, sendo o ajustamento de conduta um dos exemplos desses acordos. Por fim, o autor classifica o consenso na composição de conflitos administrativos, trazendo como exemplos a conciliação, mediação, arbitragem, e também os acordos substitutivos e ajustes de conduta.

Assim, a consensualidade, examinada sob a ótica da solução de conflitos administrativos, possui diversos instrumentos para a solução de embates de forma negociada, sem a necessidade da imposição da autoridade estatal por meio de atos imperativos unilaterais (SCHOLZE, 2016).

Palma (2015, p. 111) define que a consensualidade, em sentido amplo, corresponde a qualquer forma de acordo de vontades da Administração Pública, abrangendo acordos judiciais, acordos entre governos e os contratos administrativos em geral. Este conceito define a atuação administrativa consensual como a ação da Administração Pública por meio de acordos em sentido amplo, seja na esfera administrativa ou judicial, seja entre a Administração e administrado ou apenas no âmbito do Poder Público. Em sentido amplíssimo, a atuação consensual é verificada também nos casos em que o administrado participa dos procedimentos abertos pela Administração, como audiências públicas e consultas públicas.

No presente trabalho, que trata do termo de ajustamento de conduta, o sentido restrito da consensualidade é o mais apropriado, definido por Palma (2015, p. 111-112) como “técnica

de gestão administrativa por meio da qual acordos entre Administração Pública e administrado são firmados com vistas à terminação consensual do processo administrativo pela negociação do exercício do poder de autoridade estatal (prerrogativas públicas).”

A autora explica que a consensualidade como técnica de gestão, cujo instrumento de formalização corresponde ao acordo administrativo, possui dois componentes mínimos: o viés cidadão, que resulta da maior abertura do processo administrativo à manifestação do particular, e o viés pragmático, caracterizado pela compreensão dos acordos administrativos como mecanismos instrumentais de satisfação de finalidades públicas. Assim é que a atuação concertada pela Administração pode se mostrar mais eficiente quando comparada à atuação administrativa típica (provimentos imperativos e unilaterais), devendo os efeitos do ato administrativo unilateral e do ato consensual serem confrontados no caso concreto, a fim de que seja escolhido o mecanismo mais adequado tendo em vista os interesses das partes (PALMA, 2015, p. 112-113).

A negociação das prerrogativas públicas, constante no conceito restrito de consensualidade adotado, implica, por exemplo, na substituição de uma sanção administrativa de advertência por obrigações de fazer ou não fazer pelo administrado (PALMA 2015, p. 113). Inclusive nesse exemplo insere-se o TAC na esfera correccional, objeto do presente trabalho, sobre o qual se discorrerá de forma específica mais adiante. Passa-se agora a analisar o TAC como um dos instrumentos da consensualidade.

2.2 O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

2.2.1 Conceito e natureza jurídica do TAC

O compromisso de ajustamento de conduta é costumeiramente estudado à luz dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (CARNAES, 2016, p. 76-77). Nery (2018, p. 93 e 186), ao examinar o TAC inserto na Lei da Ação Civil Pública, assim define o instrumento:

Termo de ajustamento de conduta é transação híbrida, lavrado por instrumento público ou privado, celebrado entre o interessado e o poder público, por seus órgãos públicos, ou por seus agentes políticos, legitimados à propositura da ação civil pública, por cuja forma se encontra a melhor solução para evitar-se ou para pôr fim à demanda judicial que verse sobre ameaça ou lesão a bem de natureza metaindividual (NERY, 2018, p. 186).

Mazzilli (2006) também define o TAC no âmbito da ação civil pública, como “instrumento legal destinado a colher, do causador do dano, um título executivo extrajudicial de obrigação de fazer, mediante o qual o compromitente assume o dever de adequar sua conduta às exigências da lei, sob pena de sanções fixadas no próprio termo”.

Carnaes (2016, p. 79-80), por sua vez, defende que o TAC, mais do que um método alternativo de soluções de conflitos na seara judicial, deve ser considerado um acordo substitutivo ao sancionamento da Administração Pública, costumeiramente aplicado através de processo administrativo. Constitui-se então em mais um instrumento a ser utilizado pelo Poder Público, como forma de atenuar a burocracia e trazer eficiência ao atendimento do interesse público (que é indisponível), seja dando uma maior celeridade à solução de controvérsias, seja promovendo um maior cumprimento das obrigações assumidas em caráter consensual (que pode se dar inclusive em maior escala, tendo em vista a baixa efetividade encontrada nas decisões administrativas sancionatórias).

Moreira Neto enquadra o ajustamento de conduta como exemplo dos acordos substitutivos, por ele definidos como:

... instrumentos administrativos que poderão ser ocasionalmente aplicados pela Administração, sempre que, de ofício ou por provocação de interessado, verificar que uma decisão unilateral de um processo poderá ser vantajosamente substituída por um acordo em que o interesse público, a cargo do Estado, possa ser atendido de modo mais eficiente, mais duradouro, mais célere ou com menores custos (MOREIRA NETO, 2016, p. 187).

O TAC revelou-se então como importante instrumento na tutela dos interesses públicos no contexto da consensualidade, ao possibilitar o rápido e efetivo atendimento de demandas sociais relevantes ao invés de longos e custosos litígios. Trata-se de um acordo de vontades, celebrado com a observância da lei e voltado ao atendimento do bem comum (MOREIRA, 2014).

Constitui-se assim em modalidade de acordo entre a Administração Pública e o particular, com principal objetivo de adequar condutas irregulares dos administrados, estabelecendo obrigações alternativas às penalidades que poderiam ser aplicadas (SCHOLZE, 2016). Na esfera disciplinar, Souza (2018) conceitua o TAC como “instituto jurídico do moderno Direito Disciplinar, adotado como medida alternativa em substituição a uma penalidade, de natureza leve, desde que o servidor infrator atenda a determinados requisitos”.

Não se discute que o que se busca com a celebração do termo de ajustamento de conduta é a construção do consenso entre a Administração Pública e o administrado. No entanto, a doutrina diverge acerca da natureza jurídica do TAC.

Moreira (2014) divide a classificação do TAC pela doutrina em duas correntes principais: a que defende o instrumento como um ato jurídico unilateral de adesão, em que o particular reconhece a sua conduta inadequada e compromete-se a ajustá-la às exigências legais, e a que entende o TAC como um negócio jurídico bilateral.

Nery (2018, p. 133) explica que há autores que consideram o ajustamento como transação e que admitem que nele haja concessões mútuas, tanto por parte do interessado quanto do órgão público tomador do ajuste, configurando-se assim relação verdadeiramente contratual; outros, no entanto, reconhecem o TAC como acordo, mas defendem que as obrigações do compromisso são atribuídas somente ao interessado em firmar o ajustamento. A autora critica este último entendimento, pois entende que nesse caso não se trataria de acordo, mas de confissão de fatos ou de admissão, pelo interessado, de que o órgão público agiu corretamente ao lhe imputar determinada infração. Defende que o TAC não significa, de modo algum, a confissão de fatos ou o reconhecimento, pelo particular interessado em sua celebração, da ilicitude da conduta investigada pelo órgão público.

Nesse ponto, vale destacar que a primeira IN da CGU que tratou do TAC (IN nº 2/2017) estabeleceu, em seu art. 2º, que, por meio do TAC, o agente público interessado assume a responsabilidade pela irregularidade a que deu causa, além de comprometer-se a observar os deveres e proibições previstos na legislação vigente. Na IN atualmente vigente (IN nº 4/2020), o trecho referente ao agente público assumir a responsabilidade por eventual irregularidade foi suprimido, tendo sido mantido, no art. 3º, o compromisso a ajustar sua conduta e a observar os deveres e proibições legais.

Nery (2018, p. 130-131 e 135) defende então que o TAC seria hipótese de transação, ou seja, de negócio jurídico bilateral, mas com peculiaridades que o diferenciam da transação inserida no art. 840 do Código Civil de 2002 (CC/2002), pois o órgão público legitimado não pode renunciar a direitos transindividuais, impondo-se como limite a proteção dos bens difusos e coletivos. Teria então natureza jurídica de transação híbrida, porque deve respeitar a principiologia do direito público e do direito privado para cumprir os requisitos de validade do negócio jurídico, característica que distingue o TAC da transação prevista no CC/2002 (instituto de direito privado).

Carnaes (2016, p. 92-96) descarta a hipótese de o TAC constituir-se como mero fato jurídico, que produz efeitos jurídicos sem a intervenção da vontade humana, pois é inegável, no TAC, a manifestação de vontade do indivíduo em querer ajustar sua conduta e ao assumir obrigações. Igualmente refuta o enquadramento do TAC como ato jurídico unilateral, pois seria considerar o compromisso como mero contrato de adesão, restando ao administrado apenas a opção de aceitar ou não as condições impostas (para a doutrina que defende o TAC como ato jurídico unilateral o indivíduo simplesmente adere ao compromisso, remanescendo a bilateralidade somente no que toca à sua formalização). A autora argumenta que o TAC não se limita à imposição de condições ao pólo passivo, pois se assim o fosse não estaria cumprida a sua função de pacificação social, inserida na Administração consensual. Não haveria, portanto, o necessário diálogo que resultasse na escolha das cláusulas mais adequadas a fim de atender ao interesse público, com a possibilidade do infrator em cumpri-las. Nery (2018, p. 110-111) igualmente descarta a classificação do TAC como fato jurídico ou ato administrativo em sentido estrito.

Mazzilli (2006) considera o TAC como ato administrativo negocial (negócio jurídico de Direito Público), em que há uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a do particular, que concorda em adequar sua conduta às exigências da lei. O autor explica que os órgãos públicos não tem o poder de disposição, devendo-se limitar a tomar, do causador do dano, obrigação de fazer ou não fazer. Por isso, para o autor, o TAC não tem natureza contratual, não podendo ser considerado como uma verdadeira transação, para a qual seria necessário o poder de disponibilidade sobre o direito material controvertido.

Carnaes (2016, p. 99-100) contraria esse entendimento. Aduz a autora que o ato administrativo negocial não é dotado de imperatividade (ao contrário do ato administrativo comum), ou seja, de fato depende da manifestação da vontade da outra parte (no caso, o particular). No entanto, apesar de ser necessária a convergência de vontades, o administrado não desempenha nenhum papel na determinação do conteúdo desse tipo de ato: seriam atos editados quando o ordenamento exige que o administrado obtenha anuência do Poder Público para alguma atividade (a autora cita como exemplos a licença para dirigir, o alvará para realização de uma obra ou a autorização para o uso de um bem público). Assim, o TAC não poderia ser considerado como ato administrativo negocial, pois no TAC ambas as partes podem influir na criação de suas cláusulas. Além disso, no TAC ambas as partes assumem obrigações, ainda que em escalas desproporcionais, diferentemente dos atos negociais.

Carnaes (2016, p. 107-110) entende então que a natureza jurídica do TAC é de negócio jurídico bilateral, denominado acordo, estando presente um diálogo entre os pólos da relação. Para a autora, não se deve interpretar a celebração do TAC como se houvesse um benefício apenas ao indivíduo infrator, pois ao serem discutidas as suas possibilidades o que se busca é a garantia do total cumprimento do compromisso, atingindo-se a eficiência e pacificação social desejada pelo Poder Público. Afinal, o TAC nasceu como um meio de terminar o litígio da forma mais eficiente, ou seja, de nada valeria se a Administração ignorasse o melhor meio para o administrado cumprir a obrigação ali imposta, devendo as duas partes analisar a situação e chegar a um consenso sobre o melhor método para o cumprimento dessa obrigação.

2.2.2 Previsão do TAC em leis

Até a década de 1980, a legislação brasileira não permitia que uma decisão administrativa, por meio da qual tivesse sido imposta penalidade ao particular, fosse alterada por algum instrumento consensual (acordo ou compromisso), especialmente se esse instrumento importasse na substituição da sanção por determinada obrigação (GUERRA e PALMA, 2018).

O TAC foi previsto inicialmente no artigo 211 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), com a seguinte redação: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Assim, o TAC foi inserido no ordenamento jurídico positivo brasileiro para a formação de título executivo extrajudicial em defesa dos interesses ligados à proteção da infância e juventude.

Naquele mesmo ano (1990) foi aprovado o Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei nº 8.078/1990), que introduziu o parágrafo 6º ao artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), possibilitando aos órgãos públicos legitimados tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, com eficácia de título executivo extrajudicial. O TAC passou então a ser aplicável de forma mais ampla, abrangendo ações por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Há previsão expressa, também, com a denominação "termo de compromisso", no artigo 79-A e parágrafos, da Lei nº 9.605/1998, que trata das infrações contra o meio ambiente, e no artigo 85 e parágrafos da Lei nº 12.529/2011, aplicável à ordem econômica, estando previsto em ambos diplomas legais que o termo de compromisso constitui título executivo extrajudicial.

Nery (2018, p. 95) explica que o TAC veio a constituir título executivo extrajudicial a fim de viabilizar a rápida e efetiva execução das obrigações pactuadas em caso de seu descumprimento, procurando-se assim garantir o atendimento ao interesse público tutelado. Segundo a autora, uma das razões de a lei haver atribuído eficácia executiva ao TAC se deve ao fato de que o Ministério Público (MP) sempre manteve a exitosa experiência do atendimento ao público, funcionando como orientador em questões criminais, de família, de menores, etc., mas os acordos viabilizados pela Instituição muitas vezes eram inadimplidos. Assim é que foi inserido no parágrafo único do art. 55 da Lei nº 7.244/1984 (Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas) a previsão de que o acordo escrito celebrado entre as partes, referendado pelo MP, valeria como título executivo extrajudicial, ou seja, deveria ensejar a execução forçada, revestindo-se de eficácia executiva. A Lei nº 7.244/1984 foi revogada pela Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais), mas esta manteve, no parágrafo único do art. 57, a possibilidade de o MP referendar tais acordos, bem como a sua validade como títulos extrajudiciais.

Dessa forma, embora a Lei nº 7.244/1984 versasse sobre a tutela dos direitos subjetivos individuais, desempenhou papel contributivo para a criação do instituto de ajustamento de conduta, no sentido de permitir que o acordo firmado perante o MP tivesse a natureza de título executivo extrajudicial (NERY, 2018, p. 96).

Assim é que, na década de 1990, quando foram aprovados o ECA e o CDC, resolveu-se aproveitar a experiência que já vinha da composição extrajudicial de conflitos, especialmente aquela promovida pelo MP, a fim de ampliá-la ao sistema da tutela coletiva de interesses transindividuais, estendendo a possibilidade de tomar compromissos de ajustamento com eficácia de títulos executivos a todos os órgãos legitimados à ação civil pública ou coletiva (MAZZILLI, 2006).

Posteriormente, o art. 174 do CPC/2015 veio estabelecer que os Entes federativos "criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo", trazendo expressamente em seu inciso III a previsão da celebração do termo de ajustamento de conduta.

A previsão normativa do TAC no CPC fez com que o instituto saísse do campo restrito de cada ente estatal, que o prevê em leis específicas ou regulamentos, para ser utilizado como regra geral por todo o Poder Público. Aumentou também a sua abrangência, não se limitando apenas aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, levando-se em conta sua previsão inicial na Lei de Ação Civil Pública, que visa proteger estes direitos (CARNAES, 2016, P. 211).

Vale citar ainda a importante alteração promovida pela Lei nº 13.655/2018, que introduziu, dentre outros, o art. 26 ao Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), nos seguintes termos:

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

§ 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo:

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

II – (VETADO);

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

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

§ 2º (VETADO).

Observa-se que aí, mais uma vez, a celebração do compromisso é prevista legalmente de forma genérica para todo o Poder Público.

Com esse ato normativo, Souza (2018) aduz que cresce a possibilidade da substituição do processo sancionador e da aplicação de sanção em prol de compromissos de ajustamento de conduta, trazendo benefícios à rotina administrativa e ao correto exercício da função pública.

Guerra e Palma (2018) explicam que outras leis especiais podem dispor sobre acordos em espécie, afastando-se parcialmente a LINDB, apesar de sua qualidade de lei geral. Tanto é assim que a referida Lei, no artigo citado, condiciona a celebração do compromisso com os interessados à observância da legislação aplicável. Os autores defendem que o termo “legislação aplicável” deve ser entendido de forma ampla, de modo que a LINDB respeita os conjunto normativo consensual já existente, pois se assim não fosse a Lei estaria propagando

insegurança jurídica, sendo que seu objetivo é justamente o oposto (a própria Lei 13.655/2018, em sua ementa, dispõe que inclui na LINDB “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”).

3 O TAC NO ÂMBITO CORRECCIONAL DO PODER EXECUTIVO FEDERAL

3.1 A PREVISÃO NORMATIVA DO TAC NA ESFERA CORRECCIONAL DO PODER EXECUTIVO FEDERAL

No âmbito do Poder Executivo Federal, o então Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) trouxe uma relevante inovação na prática da matéria correccional, ao disseminar para todos os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal a ferramenta do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), por meio da Instrução Normativa (IN) n° 2, de 30 de maio de 2017.

A CGU, que tem status ministerial, é o órgão responsável, dentre outras competências, pelas providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à correição e à prevenção e combate à corrupção, no âmbito da administração pública federal, conforme art. 1º, inciso I, de seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria n° 3.553, de 12 de novembro de 2019.

O Decreto n° 5.480, de 30 de junho de 2005, estabelece, em seu art. 2º, inciso I, que a CGU integra o Sistema de Correição na condição de Órgão Central do Sistema, possuindo, dentre outras competências, a de "definir, padronizar, sistematizar e normatizar, mediante a edição de enunciados e instruções, os procedimentos atinentes às atividades de correição", bem como de "aprimorar os procedimentos relativos aos processos administrativos disciplinares e sindicâncias", segundo o art. 4º, incisos I e II do mesmo Decreto.

Sousa Neto (2018) chama atenção que o art. 1º do mesmo decreto dispõe que as atividades de correição do Poder Executivo Federal "são organizadas sob a forma de sistema", "a fim de promover sua coordenação e harmonização". A organização de algumas atividades públicas sob a forma de sistema já era prevista no art. 30 do Decreto-Lei n° 200, de 25 de fevereiro de 1967, que promoveu, à época, reforma administrativa no país. O autor explica que a escolha da função sistêmica, que certamente não foi aleatória, trouxe a carga conceitual da "teoria geral de sistemas", surgida a partir de estudos do biólogo Ludwig von Bertalanffy, que impactou os conhecimentos jurídicos desde então, segundo o constitucionalista Paulo Bonavides. Assim, as atividades não seriam agrupadas de forma estanque e isolada, mas sim compondo uma unidade aberta e complexa, o que pode sugerir a abertura da estrutura normativa da esfera disciplinar, no Poder Executivo Federal, ao acolhimento de progressos

doutrinários no Direito Administrativo, especialmente aqueles relacionados à esfera correcional e sua busca por uma maior eficiência (SOUSA NETO, 2018).

É fato que já existia anteriormente a previsão do TAC em alguns órgãos específicos, como na Presidência da República (Instrução Normativa nº 1, de 16 de maio de 2013), na Polícia Rodoviária Federal (com a denominação de Compromisso de Adequação Funcional, conforme Portaria do Ministério da Justiça nº 1.038, de 18 de junho de 2014) e no Departamento Penitenciário Nacional (Portaria do Ministério da Justiça nº 839, de 12 de setembro de 2016), por exemplo. Contudo, o instrumento foi disseminado para a esfera correcional de todo Poder Executivo Federal pela IN CGU nº 2/2017.

O art. 1º da IN CGU nº 2/2017 dispunha que os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal poderiam celebrar o TAC nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, sendo esta definida como a conduta punível com advertência, nos termos da Lei nº 8.112/1990, ou com penalidade similar prevista em lei ou regulamento interno.

A CGU, à época, divulgou em seu *site* a regulamentação da celebração do TAC, justificando que “além de otimizar a utilização dos recursos humanos e a economia de recursos financeiros, o TAC permite uma resposta mais célere para desvios de conduta de baixa lesividade praticados por agentes públicos federais”. Na oportunidade, o Órgão informou que cada processo administrativo disciplinar custa ao Erário, em média, R\$ 50.000,00, e que desde 2015, aproximadamente 1.000 apurações foram deflagradas para condutas puníveis com advertência, concluindo que mesmo apurações de menor potencial ofensivo podem gerar gastos significativos para os cofres públicos, sendo portanto necessário um instrumento mais célere para tais situações (BRASIL, CGU, 2017b).

A IN CGU nº 2/2017, foi revogada pela IN CGU nº 17, de 20 de dezembro de 2019, que passou a considerar também a conduta punível com suspensão de até 30 dias como infração disciplinar de menor potencial ofensivo, e portanto sujeita ao TAC. Sobreveio a IN CGU nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, que revogou a IN CGU nº 17/2019 e encontra-se hoje vigente.

Atualmente, o TAC no âmbito correcional do Poder Executivo Federal é então disciplinado pela Controladoria-Geral da União (CGU), por meio da Corregedoria-Geral da União (CRG), um de seus órgãos específicos singulares, através da Instrução Normativa (IN) nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, nos termos a seguir descritos.

O art. 1º da citada IN dispõe que órgãos do Poder Executivo Federal, pertencentes à Administração Pública direta, bem como as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, poderão celebrar o TAC nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, sendo esta definida como a conduta punível com advertência ou suspensão de até 30 dias, nos termos do art. 129 da Lei nº 8.112/1990, ou com penalidade similar prevista em lei ou regulamento interno. No caso de servidor público não ocupante de cargo efetivo e de empregado público o TAC somente poderá ser celebrado nas infrações puníveis com a penalidade de advertência.

O TAC é definido pela referida IN como procedimento administrativo voltado à resolução consensual de conflitos, e somente pode ser celebrado quando o investigado: não tenha registro vigente de penalidade disciplinar em seus assentamentos funcionais; não tenha firmado TAC nos últimos dois anos; tenha ressarcido ou se comprometido a ressarcir eventual dano à Administração Pública (art. 1º, §1º e art. 2º). Nesse ponto, vale ressaltar que, conforme o art. 131 da Lei nº 8.112/1990, as penalidades de advertência e suspensão têm seus registros cancelados após 3 anos e 5 anos de efetivo exercício, respectivamente, caso o servidor não tenha praticado nova infração disciplinar nesse período.

A celebração do TAC deve ser realizada pela autoridade competente para instauração do respectivo procedimento disciplinar, e a sua proposta pode ser oferecida de ofício por essa autoridade, ou ser sugerida pela comissão responsável pela condução do procedimento disciplinar ou ainda ser apresentada pelo agente público interessado, sendo que nesses últimos dois casos o pedido pode ser indeferido motivadamente (art. 4º e 5º da IN CGU nº 04/2020).

Na contrapartida do benefício concedido de não se ver objeto de sindicância ou processo administrativo disciplinar, por meio deste acordo, o agente público se compromete a ajustar sua conduta e a observar os deveres e proibições previstos na legislação vigente, cumprindo determinadas obrigações que lhe forem impostas por prazo certo, delimitado, no máximo, a dois anos, conforme art. 3º e §3º do art. 6º da IN CGU nº 04/2020.

O TAC deve conter a descrição das obrigações assumidas, o prazo e modo para o seu cumprimento, bem como a forma de fiscalização de tais obrigações, que podem compreender, dentre outras: reparação do dano causado, retratação do interessado, participação em cursos, acordo relativo ao cumprimento de horário de trabalho ou sua compensação, cumprimento de metas e sujeição a controles específicos relativos à conduta irregular praticada (art. 6º, incisos III a V e §2º da IN CGU nº 04/2020).

A inobservância das obrigações estabelecidas no TAC caracteriza o descumprimento do dever previsto no art. 116, inciso II, da Lei nº 8.112/1990 (ser leal às instituições a que servir), conforme §4º do art. 6º da IN CGU nº 04/2020. No caso de descumprimento do TAC, devem ser imediatamente adotadas as providências necessárias à instauração ou continuidade do respectivo procedimento disciplinar, sem prejuízo da apuração relativa à inobservância das obrigações previstas no ajustamento de conduta (art. 8º, §2º da IN CGU nº 04/2020). Este dispositivo deixa claro que o TAC pode ser celebrado em duas hipóteses: antes mesmo da instauração da sindicância ou PAD, ou quando tais procedimentos já estiverem em curso. Neste último caso o pedido deve ser feito pelo interessado no prazo de 10 dias, contados do recebimento da notificação de sua condição de acusado, sendo que esse mesmo prazo é aplicado à hipótese de oferecimento de ofício pela autoridade competente (art. 5º, §§1º e 3º da IN CGU nº 04/2020).

Vale ainda deixar claro que o TAC deve ser registrado nos assentamentos funcionais do agente público, e uma vez declarado, pela sua chefia imediata, que o termo foi cumprido, não será instaurado procedimento disciplinar pelos mesmos fatos objeto do ajuste. Importante expor que a celebração do TAC suspende a prescrição até o recebimento da declaração de seu cumprimento (a cargo da chefia imediata do agente público) pela autoridade celebrante (art. 8º, §§1º e 3º da IN CGU nº 04/2020). Segundo o art. 199 do CC/2002, não corre a prescrição pendendo condição suspensiva.

Essa observação acerca da suspensão do prazo prescricional é de extrema relevância, pois o prazo de cumprimento do TAC é de dois anos, e as ações disciplinares referentes às penalidades de advertência e suspensão prescrevem em 180 dias e dois anos, respectivamente (art. 142 da Lei nº 8.112/1990). Assim, ainda que haja o descumprimento do Termo após os 180 dias, em um caso de infração punível com advertência, por exemplo, a pretensão punitiva da Administração estaria assegurada em relação a essa infração, além da apuração do próprio descumprimento do TAC em si, que também configura infração disciplinar, conforme já visto.

Observa-se que, diferentemente do TAC previsto no ECA, na Lei da Ação Civil Pública e referente às infrações contra o meio ambiente e à ordem econômica, em que foi instituído por meio de lei formal, a previsão desse instrumento no âmbito correicional do Poder Executivo Federal deu-se por ato infralegal (instrução normativa).

Os procedimentos disciplinares previstos na Lei nº 8.112/1990 são a sindicância e o processo administrativo disciplinar (PAD). O art. 143 dessa Lei determina que “a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração

imediate, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”. No entanto, após o recebimento de uma denúncia ou representação nem sempre há instauração de sindicância ou PAD: é o que se depreende do parágrafo único do art. 144 da mesma Lei, que dispõe que “quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto”. Este dispositivo legal pressupõe que é necessária uma fase de admissibilidade, após a qual a autoridade competente decidirá pela instauração de sindicância ou PAD ou pelo arquivamento da denúncia (ou representação).

Nesse sentido, a CGU explica, em seu Manual de Processo Administrativo Disciplinar, que o juízo de admissibilidade constitui-se em uma análise prévia da notícia de irregularidade recebida, utilizando-se, se necessário, de procedimentos investigativos, para que então possa ser tomada a decisão: cumprir o art. 143 da Lei nº 8.112/1990, instaurando sindicância acusatória ou PAD para apuração dos fatos, ou atender ao parágrafo único do art. 144 da mesma lei, arquivando a denúncia ou representação. Cumpre-se então de qualquer forma o dever de apurar, sem que, para isso, seja necessariamente instaurada a sede disciplinar propriamente dita, o que poderia levar ao descumprimento de princípios caros à Administração Pública, como os da eficiência e economicidade. Nos procedimentos investigativos citados estão incluídas a investigação preliminar, a sindicância investigativa e a sindicância patrimonial, que são realizados a título de convencimento primário da Administração acerca da ocorrência ou não de irregularidade funcional e sua autoria (BRASIL, CGU, 2020b, p. 48-51).

Tal explicação se faz necessária a fim de demonstrar a importância do juízo de admissibilidade, como a medida que servirá para definir se há indícios de autoria e materialidade, além de analisar a gravidade do fato. Assim, restando claro nessa fase que a conduta do agente público é caracterizada como infração de menor potencial ofensivo, pode a autoridade competente, de ofício, decidir pela celebração do TAC (BRASIL, CGU, 2020b, p. 89).

A Lei 8.112/1990, em seu artigo 129, dispõe que a advertência, uma das modalidades de penalidade disciplinar (sendo a mais branda delas), será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do seu art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave. O art. 130 da mesma lei determina que a suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais

proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.

A aplicação da penalidade de advertência ou suspensão de até 30 dias (que se relacionam às infrações definidas pela IN CGU nº 4/2020 como de menor potencial ofensivo) pode ser resultado de sindicância, conforme art. 145, inciso II, da Lei nº 8.112/1990, ou de PAD. Os comandos legais determinam então a aplicação dessas penalidades quando, mediante procedimento de sindicância ou PAD, for apurada alguma das infrações anteriormente citadas, não havendo previsão do TAC na lei que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos federais.

A CGU explica, em seu Manual de Processo Administrativo Disciplinar, que não se deve banalizar a instauração da seara administrativa punitiva, devendo a instância disciplinar ser considerada como a *ultima ratio* do Direito Administrativo. Defende que o direito punitivo da Administração deve ser visto como área de aplicação residual, ou seja, que a instância correcional somente deve ser utilizada quando outros instrumentos não forem suficientes ao retorno da normalidade administrativa (BRASIL, CGU, 2020b, p. 85).

Tal entendimento encontra amparo na doutrina. Osório (2000, p. 416) defende que não se deve banalizar a aplicação de sanções ou o próprio Direito Administrativo Sancionador, devendo ser respeitado o princípio da subsidiariedade do direito sancionatório. Para o autor, a sanção seria então, de fato, a *ultima ratio* do Estado, devendo este buscar primeiramente “outros meios mais eficazes e menos drásticos para fazer valer os comandos legais”.

A CGU aduz ainda que a instauração de procedimentos punitivos promove elevados custos para a Administração e seus agentes, tanto materiais (gastos financeiros, resultados negativos na produtividade da atividade-fim do órgão), como imateriais (o desconforto causado na repartição, por exemplo). Assim, justifica a previsão do TAC na IN CGU nº 04/2020 com base nessa realidade, bem como na observância aos princípios da eficiência e do interesse público, na necessidade de desburocratização da Administração Pública pela simplificação de procedimentos, na eliminação de controles com custos desproporcionais aos benefícios auferidos e na atenção às formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (BRASIL, CGU, 2020b, p. 85-86).

É justamente na análise desses e outros fatores que este trabalho se debruça (como já foi feito em relação à análise da consensualidade na atuação da Administração Pública), a fim de se verificar a legalidade desse instrumento (TAC) na esfera correcional no Poder Executivo

Federal, tendo em vista a sua não previsão na lei específica que trata do regime jurídico dos servidores públicos federais (Lei nº 8.112/1990), aí incluído o seu regime disciplinar.

3.2 O PODER DISCIPLINAR E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

3.2.1 Considerações gerais sobre a discricionariedade administrativa

A discricionariedade decorre de permissibilidade legal, configurando-se em uma liberdade conferida pela própria lei ao agente público. No entanto, o administrador deve escolher o melhor caminho, fundamentando a sua decisão de escolher um e não outro. É como se não houvesse, portanto, uma discricionariedade pura, pois a escolha do melhor caminho e a sua fundamentação tornam o ato administrativo, de certa forma, vinculado (NERY, 2018, p. 189-190).

A discricionariedade é então vinculada à lei e exercida dentro dos limites por ela conferidos, servindo aos administrados de garantia de que o Poder Público escolherá a melhor medida adequada ao interesse público. Assim, por atuar dentro da legalidade, a discricionariedade jamais pode ter finalidade *contra legem*, sob pena de transformar-se em arbitrariedade (CARNAES, 2016, p. 164).

Moreira Neto (2016, p. 317-318) explica a evolução da discricionariedade de uma exclusiva vinculação à lei para a plena vinculação ao Direito. O autor expõe que o Direito Administrativo, originado da concepção francesa revolucionária e napoleônica, tinha como premissas positivas o primado e a exclusividade da lei, mas que atualmente há a concepção de duas distintas premissas pós-positivistas: do primado do Direito e da pluralidade de fontes normativas, sendo a lei não mais que um ponto de partida na aplicação do Direito.

O autor explica que a estrita vinculação à lei da ação administrativa cedeu então a sucessivas flexibilizações nos dois séculos seguintes ao surgimento do Direito Administrativo. O instituto da discricionariedade administrativa foi construído pela doutrina nesse contexto, voltado para a multiplicação de opções administrativas legalmente válidas para uma escolha do Poder Público. A discricionariedade, que inicialmente foi considerada um poder, passa a ser entendida como uma faculdade a partir da admissão doutrinária (entre os séculos XIX e XX) de dois parâmetros jurídicos não positivos para o seu emprego: a conveniência e a oportunidade. A discricionariedade passou então a ser uma atividade sujeita ao Direito,

tornando-se a conveniência e a oportunidade critérios tanto para orientar como para limitar seu emprego (MOREIRA NETO, 2016, p. 317-318).

A conveniência é observada quando o ato satisfaz ao interesse público. A oportunidade, por sua vez, diz respeito à prática do ato em momento adequado. Em conjunto, permitem que a Administração escolha a melhor opção possível dentre aquelas disponíveis na norma, a fim de melhor atender à finalidade pública almejada.

Costa (2017, p. 998) descreve a discricionariedade como uma forma especial de atuar da Administração Pública, verificada quando há uma impossibilidade prática de a lei prever, de forma objetiva, o modo de satisfazer o interesse a que visava, ou quando a lei considera que o administrador estaria mais apto a identificar o melhor modo de atender a esse interesse.

Castro (2015) descarta a ideia de que pode haver uma vinculação plena, ou seja, a prática de ato exatamente idêntico àquele previsto na norma, até mesmo pela ampla liberdade de interpretação do ser humano. O autor também entende como falso o mito de que a discricionariedade teria o propósito de conceder liberdade de ação ao administrador, negada aos atos vinculados. Defende que o legislador imagina sempre a conduta ideal, que é traçada por parâmetros ora mais fechados, ora mais abertos. Assim, a busca da otimização do resultado é que determina que este seja preestabelecido, com traços mais nítidos, ou fixado *a posteriori*, sendo inexato o sentido de que a discricionariedade se reflita em uma margem de escolha. Assim, por mais que haja um leque de hipóteses na concepção abstrata da norma, a solução pode envolver uma única e razoável interpretação no caso concreto, reduzindo-se a uma postura única do administrador, para além da qual resultaria o puro arbítrio.

3.2.2 O exercício do Poder Disciplinar x discricionariedade administrativa em celebrar o TAC

Inicialmente, cabe esclarecer que o regime disciplinar se insere no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, logo, as sanções disciplinares são espécies de sanções administrativas (OSÓRIO, 2000, p. 124 e 222). Tratando-se da esfera dos Poderes da Administração Pública, Di Pietro (2018, p. 119) conceitua o Poder disciplinar como aquele que cabe à Administração para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa, não abrangendo sanções a particulares não sujeitos à disciplina interna da Administração.

O Poder disciplinar é então atribuído à autoridade administrativa para apurar condutas que caracterizem faltas funcionais, qualificadas em lei, e aplicar as penalidades correspondentes. A finalidade é a preservação da ordem interna, para que as atividades do órgão possam ser realizadas sem desvirtuamentos, dentro da legalidade e da lisura (MEDAUAR, 2015, p. 365). Embora o exercício do poder disciplinar seja necessariamente, em alguma medida, punitivo, possui também um objetivo pedagógico (OSÓRIO, 2000, p. 78).

Di Pietro (2018, p. 119-120) explica que costuma-se afirmar que o Poder disciplinar é discricionário, mas ressalva que a Administração não tem a opção entre punir e não punir, pois uma vez tendo conhecimento de falta funcional praticada por servidor, deve necessariamente instaurar o procedimento adequado para a sua apuração e aplicar a penalidade cabível, se for o caso. Assim, para a autora, não há uma discricionariedade propriamente dita, visto que não há liberdade para a escolha da sanção por critérios de oportunidade e conveniência. O que se tem é uma certa margem de apreciação outorgada pela lei à autoridade administrativa. Aduz que a lei 8.112/1990, por exemplo, em seu art. 128, dispõe que “serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”. Defende que não há aí elementos de discricionariedade, pois seria inaceitável que a sanção pudesse ser escolhida por critérios de conveniência e oportunidade, mas deve, sim, haver uma relação de adequação e proporção entre os fatos apurados e a penalidade aplicada.

Bacellar Filho (2003, p. 173 e 180), ao tratar também da esfera disciplinar, entende que a CF/1988 não é compatível com a ampla discricionariedade na aplicação da sanção no Direito Administrativo Disciplinar, nem com a ideia de que essa sanção seria renunciável pela Administração. Segundo o autor, quando constatados os elementos para aplicação da pena, por meio de processo administrativo disciplinar, não há escolha entre aplicá-la ou não.

No entanto, é importante ressaltar que a celebração do TAC na esfera correcional não significa um perdão da Administração pela infração cometida pelo servidor, ou o esquecimento ou não apuração de sua conduta, o que parece não contrariar, s.m.j., os entendimentos dos dois ilustres autores anteriormente expostos. O termo pode ser celebrado apenas para infrações de menor potencial ofensivo, obedecida portanto a razoabilidade e proporcionalidade, conforme se discutirá mais adiante.

Além disso, o servidor se compromete a ajustar sua conduta, e o descumprimento dos termos do acordo implica a continuidade (ou instauração) do procedimento disciplinar, além

da apuração relativa à sua própria inobservância como nova infração. A discricionariedade em celebrar o TAC não se configura, então, como uma escolha entre punir e não punir, mas apenas na utilização de um instrumento, pela Administração, que seja mais eficiente no caso concreto e que atenda ao interesse público da melhor forma, o que será tratado mais profundamente quando da análise dos princípios, no item 4 do presente estudo.

Em relação ao dever punitivo estatal, no qual encontra-se a competência para apuração e repressão do ato ilícito, é importante destacar que quando há a celebração de acordo substitutivo da sanção, a Administração não está se inibindo perante o ilícito, mas sim praticando um ato transacional a fim de restabelecer a legalidade e cessar os danos causados (ABREU E SILVA, 2018).

Nesse sentido, vale ressaltar mais uma vez que, segundo a IN CGU nº 4/2020, caso o servidor descumpra as condições do TAC, será retomada a apuração disciplinar, pela instauração ou continuidade do procedimento respectivo. A suspensão da prescrição pelo TAC garante então a aplicação da penalidade cabível, além de o servidor responder pelo próprio descumprimento em si, caracterizado como uma nova infração.

Ampliando-se a discussão para a relação da discricionariedade com o poder sancionador, Palma (2015, p. 94) observa que se trata de uma das mais controversas relações do direito administrativo, uma vez que potencializa a clássica dicotomia autoridade x liberdade. Explica que essa relação tem algumas ordens de sentido, como a discricionariedade quanto à delimitação e aplicação da sanção administrativa (eleição do tipo de sanção e sua dosimetria), bem como a discricionariedade quanto à celebração de acordos substitutivos de sanção administrativa.

O primeiro sentido ocorre devido a uma legalidade “flexível” no campo da atuação estatal sancionadora, pois os tipos do Direito Administrativo Sancionador são, em regra, mais elásticos, mais abertos que os tipos penais, estando estes últimos restritos à reserva de lei. Assim, as infrações e sanções dispostas em lei na esfera administrativa tendem a ser compostas por conceitos altamente indeterminados, chegando a ser chamadas de “normas em branco” (OSÓRIO, 2000, p. 205-206). Bacellar Filho (2003, p. 173) cita exemplos dessa abertura na esfera disciplinar, em diversas condutas tipificadas como ilícitas na Lei nº 8.112/1990 (“insubordinação grave ao serviço”, “conduta escandalosa na repartição”), bem como em disposições referentes à aplicação de sanção na mesma Lei (“na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade as infração...”).

Medauar (2015, p. 367-368) registra nítida evolução no regime disciplinar, que vem ocorrendo a fim de impedir que essa “atipicidade” seja invocada para camuflar subjetivismos no exercício do Poder Disciplinar. Evidencia que o fato de este Poder vir sendo exercido sob moldes processuais reduz as margens livres que poderiam levar ao arbítrio, persistindo um resquício de discricionariedade na gradação das penas, ao que deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade. Carvalho Filho (2018, p. 830) também reconhece certa margem de discricionariedade do administrador para compatibilizar a conduta e a sanção, chamando atenção que devem ser observados os princípios da proporcionalidade, motivação da penalidade, além de outros princípios que regem o processo administrativo (contraditório, ampla defesa, etc).

Em relação ao segundo sentido, tem-se que a celebração do TAC no caso concreto, uma vez constando a sua previsão em norma, configura-se em uma faculdade tanto por parte do Estado como do particular. A Administração pública pode até se negar a celebrar o ajustamento, mas deve fazê-lo de forma justificada (NERY, 2018, p. 191). Ao encontro desse entendimento, a IN CGU nº 4/2020 dispõe que a proposta de TAC poderá ser oferecida de ofício pela autoridade competente para instaurar o procedimento disciplinar, ser sugerida pela comissão processante ou ser apresentada pelo agente público interessado, sendo que nos últimos dois casos há previsão expressa de que o pedido pode ser indeferido, desde que de forma motivada, conforme já visto no item 3.1.

A aplicação obrigatória da sanção pelo Poder Público passa então a ser relativizada, diante da possibilidade do agente infrator e Administração chegarem a um consenso por meio da realização de acordo, não sendo portanto a sanção o único remédio a fim de atender ao interesse público. Assim é que a Administração Pública pode firmar acordo com particular a fim de substituir sanção administrativa, desde que exista legislação prevendo esta modalidade (CRISTO, WENDLER e BARIQUELLO, 2017).

Palma (2015, p. 285) defende que a celebração de acordo substitutivo à sanção encontra-se amparada na discricionariedade administrativa, ou seja, a atuação imperativa ou consensual são opções colocadas à disposição da Administração Pública, que pode escolher uma ou outra dentro da margem de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico, desde que de forma fundamentada.

Cristo, Wendler e Bariquello (2017), por sua vez, apesar de admitirem que existe corrente em sentido contrário, concluem que o infrator pode inclusive exigir a celebração do acordo quando atendidos os requisitos legais para o mesmo, podendo até pleiteá-lo

judicialmente quando negado pelo Poder Público, pois se trataria de direito subjetivo não sujeito à discricionariedade administrativa.

Observa-se que o afastamento da discricionariedade neste último entendimento é no sentido de reforçar a celebração do acordo em substituição à sanção administrativa, e não no de negar a sua possibilidade. No entanto, a maioria da doutrina pesquisada, ao tratar da discricionariedade em celebrar ou não o TAC, entende que essa decisão da Administração deve basear-se em uma análise a fim de melhor atender ao interesse público (não sendo portanto um direito subjetivo do particular).

Neves e Ferreira Filho (2018), por exemplo, discutem se a atuação da Administração Pública buscando a consensualidade de forma prioritária seria um dever ou estaria inserida no campo da discricionariedade. Explicam esta como uma faculdade conferida ao gestor público de definir, entre várias condutas possíveis previstas em lei, aquela que melhor atenda aos critérios de conveniência e oportunidade a fim de se atingir determinado fim também previsto no ordenamento. Não se pode falar, no entanto, de uma discricionariedade administrativa pura, pois há limitações e orientações decorrentes do próprio ordenamento, ou seja, o interesse público é também limitador da atuação administrativa, uma vez que orienta a prática dos atos administrativos. Assim, o interesse público reduz as opções do administrador diante de situações concretas, limitando a discricionariedade, entendendo os autores que surge um dever de consensualidade nos casos em que essa seja admissível, desde que mais vantajosa para a Administração. Haveria então um dever de tentar transacionar, quando o acordo se mostre como a melhor via.

Para Guerra e Palma (2018), os acordos administrativos se constituíram como uma via decisória da Administração Pública, estando inseridos no exame de discricionariedade do gestor público, ao se considerar a consensualidade como uma técnica de desenvolvimento das atividades administrativas. Ponderam que a atuação discricionária deve ter sua amplitude controlada, pois a impossibilidade de a lei detalhar toda e qualquer situação exige da Administração que exerça o seu poder com responsabilidade, de forma a melhor atender ao interesse público.

Moreira (2014) igualmente entende que é um dever-poder do administrador público avaliar os fatos e escolher, dentre as opções legais, aquela que melhor atenda aos interesses sociais, havendo portanto um juízo de conveniência e oportunidade quando o administrador negocia e estabelece os compromissos de um termo de ajustamento de conduta.

Para Scholze (2016), a celebração do TAC também insere-se no âmbito discricionário da Administração, cabendo à autoridade pública ponderar, em um juízo motivado de conveniência e oportunidade, as vantagens que adviriam desse acordo em contraposição a um processo administrativo sancionador, a fim de maximizar o interesse público no caso concreto.

Especificamente em relação à esfera disciplinar, Alves (2009) entende que a sindicância e o PAD são meios que o legislador colocou à disposição para o administrador público, o que não eliminaria outras possibilidades para o restabelecimento da ordem administrativa. Defende que um dispositivo legal recebe diferentes interpretações ao longo do tempo, para que se ajuste às necessidades da ordem social. Assim, a sindicância e o PAD não seriam instrumentos exclusivos, sendo o TAC um dos possíveis instrumentos alternativos, que se sustenta no princípio da discricionariedade da ação disciplinar. O autor pondera que não existe a liberalidade, na Administração Pública, tal como é verificada na iniciativa privada quando se está diante da conduta irregular de um empregado. Mas defende que o administrador pode eleger outra alternativa que não seja necessariamente a aplicação de sanção, desde que observado o interesse público.

O entendimento majoritário da doutrina é então de que a celebração do TAC insere-se na esfera da discricionariedade da Administração. Souza (2018) chega à mesma conclusão, aduzindo que essa celebração depende do exame de conveniência e oportunidade para se firmar o ajuste, levando em consideração o interesse público envolvido no caso concreto.

Carnaes (2016, p. 167) admite que a escolha entre os instrumentos conciliadores e sancionatórios pela Administração não é tarefa fácil, mas imprescindível para garantir, no caso concreto, a eficiência desejada da sua atuação.

É, portanto, de extrema relevância que a celebração do TAC, no contexto da atuação administrativa consensual, seja analisada em correlação com os princípios que regem a Administração Pública, especialmente os da legalidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e indisponibilidade do interesse público, conforme se discutirá a seguir.

4 A CONSENSUALIDADE E O TAC NA ESFERA CORRECCIONAL X PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

4.1.1 Vinculação da Administração Pública apenas à lei formal?

O princípio da legalidade, em sua concepção originária, vinculou-se à separação dos poderes e ao conjunto de ideias que significaram, na época, oposição ao regime absolutista. A Administração devia submeter-se à lei, tornando o seu poder objetivado. Assim, obedecer à Administração significava obedecer à lei, e não à vontade instável da autoridade (MEDAUAR, 2015, p. 149).

Bandeira de Mello (2016, p. 103 e 108) define o princípio da legalidade como específico do Estado de Direito, sendo o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, e tem como propósito submeter aqueles que exercem o poder administrativo a um quadro normativo, a fim de vedar favoritismos, perseguições ou desmandos. Assim, a norma geral e impessoal, editada pelo Poder Legislativo, que por sua vez representa o corpo social, garante que a atuação do Executivo seja apenas a concretização dessa vontade geral, opondo-se assim a qualquer forma de poder autoritário. Para o autor, o princípio da legalidade significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.

Di Pietro (2018, p. 91) explica que, segundo esse princípio, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite, diferentemente do que ocorre na relação entre particulares, na qual lhes é permitido fazer tudo que a lei não proíbe (autonomia da vontade). Dessa forma, "a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei" (DI PIETRO, 2018, p. 91).

É conferido então tratamento distinto ao Estado e ao particular, permanecendo com este último a possibilidade de fazer tudo que não seja vedado por lei. A regra geral é então que o particular tem a prerrogativa de praticar atos com ampla possibilidade de valoração, enquanto o agente público somente pode praticá-los quando presentes os substratos legais que os amparam, tendo sua liberdade restrita aos limites estabelecidos pelo legislador (GARCIA, 2017, p. 128-129).

Segundo Palma (2015, p. 265-266), essa compreensão da legalidade para a Administração Pública como vinculação positiva à lei (somente pode fazer ou deixar de fazer o que for expressamente permitido por lei formal), ainda que sofra críticas pelo alto grau de formalismo e enrijecimento que traz às atividades administrativas e pela inviabilidade fática de que todos os detalhes da atuação administrativa sejam disciplinados pelo Legislativo, ainda é a noção mais difundida na atual teoria do Direito Administrativo. A vinculação negativa à lei (poder fazer tudo que a lei não proíba) continua sendo corolário do direito privado.

No entanto, a própria autora explica que observa-se uma ampliação do objeto ao qual a Administração se vincula por força da legalidade, defendido com o conceito de “bloco de legalidade”. Este abrangeria, além da lei formal, os princípios gerais do direito administrativo e os atos normativos (como os regulamentares), cujo conjunto moldaria o desempenho da atuação estatal. Tal ampliação estaria consolidada no direito administrativo brasileiro, especialmente após a CF/1988, quando os princípios constitucionais passaram a ser empregados na fundamentação de atos administrativos e nas decisões judiciais envolvendo direito público (PALMA, 2015, p. 269-270).

Medauar (2015, p. 149-151) igualmente entende que o princípio da legalidade na Administração Pública não deve ser visto apenas como vinculação à lei formal. Explica que houve uma evolução na ideia genérica de legalidade, buscando-se assentar tal princípio em bases valorativas. Assim, a atuação administrativa não estaria sujeita apenas à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos que norteiam todo o ordenamento. A compreensão do princípio da legalidade, para a autora, deve então abranger, além da observância da lei formal, os preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, incluindo os fundamentos e princípios constitucionais. Aduz ainda que a princípio da legalidade obriga a Administração a cumprir as normas que ela própria editou.

Bacellar Filho (2003, p. 160) constata que essa corrente da doutrina que amplia o significado do princípio da legalidade para além da lei formal (chegando a ser chamado de “princípio da juridicidade”), foi incorporada pela Lei nº 9.784/1999, que, em seu art. 2º, § único, inciso I, dispõe que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de “atuação conforme a lei e o Direito”.

Assim, é a própria lei formal que, de forma genérica, amplia o conteúdo normativo a ser obedecido pela Administração Pública, abrangendo aí indubitavelmente os princípios.

Meirelles (2011, p. 89) explica que o princípio da legalidade significa que o administrador público está sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, deles não podendo se desviar, sob pena de praticar ato inválido e responder nas esferas disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. Embora o autor exponha que, enquanto aos particulares é lícito fazer tudo que a lei não proíbe e na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, evidencia que a eficácia de toda atividade administrativa está condicionada à observância da lei e do Direito, conforme o citado dispositivo da Lei nº 9.784/1999. Assim, defende que a legalidade significa, além da atuação conforme a lei, a obediência aos princípios administrativos.

Relacionando o princípio da legalidade com a consensualidade, Monteiro (2012) também defende a revisão do princípio da legalidade estrita ou da reserva de lei formal, pois a atuação consensual da Administração Pública hoje deve refletir a diversidade de interesses públicos. Explica que o mecanismo consensual clássico de atuação vinculada da Administração ao comando legal expresso torna-se inviável, de modo que a legalidade estrita cederia espaço à aplicação direta da Constituição pelos agentes públicos, ponderando-se seus princípios e interesses públicos envolvidos, a fim de se escolher a via mais favorável à sociedade no caso concreto. Assim é que a celebração de atos administrativos não mais se limitaria à existência de uma norma permissiva, devendo a conduta do administrador estar de acordo com o sistema normativo constitucional. O agente público poderia, então, optar pela via consensual, concretizando com maior eficiência as finalidades públicas.

Em outras palavras, o autor entende que a multiplicidade de interesses públicos tutelados impede o estabelecimento de normas legais prevendo, de forma específica, os meios a serem adotados para o atingimento das finalidades públicas no caso concreto, devendo haver uma ponderação dos interesses, observada a proporcionalidade. Por isso é que, mesmo sem uma autorização legal específica, seria possível a negociação pelo Poder Público, com o fim de escolher um mecanismo consensual, a partir de um juízo de ponderação, que preserve os interesses públicos envolvidos (MONTEIRO, 2012).

Especificamente na atividade correcional, Sousa Neto (2018) defende que há um movimento de pautar a atuação administrativa no melhor direito, ou seja, de forma racionalizada e voltada para resultados cada vez mais eficientes quanto ao atendimento do interesse público, recorrendo, para isso, a instrumentos de consensualidade quando necessário.

Bacellar Filho (p. 158-162), após evidenciar o debate doutrinário acerca do tema (princípio da legalidade como vinculação da Administração ao ordenamento jurídico ou à lei formal), conclui pela concepção mais restrita, mas deixa claro que o fato de a Constituição colocar outros princípios ao lado do da legalidade implica que este último não esgota a regulação jurídica da Administração.

Nesse sentido, Sousa Neto (2018) defende que o movimento de constitucionalização do Direito Administrativo implica a melhor relação possível entre os princípios constitucionais (como o da eficiência) e a legalidade meramente formal, a qual pode encontrar-se desassociada de quaisquer pressupostos finalísticos relevantes.

Pode-se concluir, a partir dos posicionamentos doutrinários analisados, que ainda que o princípio da legalidade seja considerado como vinculação da Administração Pública apenas à lei formal, o que vem sendo contrariado por boa parte da doutrina, caberia ainda assim a sua ponderação com outros princípios no caso concreto.

4.1.2 O alicerce legal para a regulamentação do TAC na esfera correcional federal

Já foi deixado claro, no presente trabalho, que não há previsão para celebração do TAC na Lei nº 8.112/1990, que trata do regime jurídico dos servidores públicos federais (incluindo o seu regime disciplinar). Conforme analisado no item 3.1, embora o art. 143 da Lei nº 8.112/1990 assevere que “a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar”, este dispositivo é relativizado pelo parágrafo único do art. 144 da mesma Lei, que dispõe que “quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto”.

Ou seja, é indispensável que a autoridade administrativa realize uma análise prévia, mediante um juízo de admissibilidade (que não é previsto expressamente na Lei nº 8.112/1990), utilizando-se, caso necessário, de procedimentos investigativos (também não previstos na referida Lei), a fim de ter elementos suficientes para decidir entre arquivar a denúncia/representação contra o servidor ou instaurar o PAD ou sindicância. É com base nesse juízo que se defende que terá condições também de avaliar o enquadramento da infração como de menor potencial ofensivo, sujeita portanto ao TAC. Chega-se à conclusão, portanto, que se a Lei nº 8.112/1990 não prevê esse acordo, também não o proíbe.

Serão então apresentadas as posições de alguns autores que entendem que a atuação administrativa, em alguns casos, não depende de previsão expressa em lei, embora todos concordem que tal atuação não pode contrariá-la.

Medauar (2015, p. 150-151) explica que a Administração seria paralisada caso predominasse o significado da legalidade como “a Administração somente pode realizar atos que a lei ordena”, pois seria inviável que houvesse um comando legal específico para cada ato ou medida por ela editados. Um segundo significado, no sentido de que “somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme uma hipótese abstrata fixada por norma legislativa”, corresponderia à ideia de uma Administração somente executora da lei, o que hoje não mais se pode conceber. A autora entende que um terceiro significado é o que prevalece na maior parte das atividades da Administração brasileira: o de que esta só pode editar atos que uma norma autoriza, mas ressalva que essa habilitação legal é, às vezes, somente uma norma de competência, ou seja, que atribui poderes para a adoção de determinadas medidas, ficando a autoridade com certa margem de escolha sobre seu conteúdo. Por fim, defende que este terceiro significado deve ser combinado com um último, no sentido de ser vedado à Administração editar atos ou tomar medidas contrárias ao ordenamento.

Palma (2015, p. 267) defende que a consensualidade no direito administrativo conduz à releitura do princípio da legalidade à luz da concertação administrativa, pondo em xeque a clássica teoria da legalidade, fundada em bases positivistas. Explica que a consensualidade na prática do direito administrativo é voltada à resolução de casos concretos, com negociação de prerrogativas públicas a fim de alcançar a resposta mais eficiente. A celebração de acordos, dessa forma, demanda alto grau de discricionariedade, o que traz à reflexão a existência de margem de autonomia da vontade no âmbito público, uma vez que os atos consensuais são formalizados após anuência bilateral, da Administração e do particular. Estaria também questionada a primazia da lei formal na disciplina da atuação administrativa, pois a consensualidade tem sede eminentemente regulamentar, efetivando-se independentemente de previsão legal específica. A autora entende então que a atuação consensual possibilita a feição negativa da legalidade.

Palma (2010) explica que a Administração Pública Federal não dispõe de permissivo legal genérico para a atuação consensual, mas entende que o dever de a Administração Pública atuar conforme a lei não significa que deva dispor de autorização expressa em texto legal para celebrar acordos administrativos. Assim, sendo prevista a atuação consensual em

norma, a Administração está legitimada a atuar, ainda que o acordo administrativo não esteja previsto em lei formal, ressalvados os casos de expressa proibição legal. A autora reconhece então a vinculação negativa à lei formal, e como consequência, que a decisão do Poder Público de disciplinar em norma infralegal a atuação administrativa é discricionária, para que possa satisfazer às necessidades públicas por meio de acordos administrativos.

Aliada à vinculação negativa à lei, a autora chama atenção acerca da instrumentalidade da prerrogativa sancionatória, enquanto prerrogativa pública, condicionada portanto aos fins de utilidade pública, o que também legitima a disposição regulamentar nos casos de negociação dessa prerrogativa, com hipóteses de substituição da sanção ou de terminação consensual do processo sancionador (a menos que a própria lei proíba a adoção da consensualidade). Haveria, assim, uma “reserva de norma” para a atuação administrativa na esfera da consensualidade, bastando que seja determinada a regra de competência para o Poder Público transacionar as prerrogativas públicas, o que poderia se dar no exercício de seu poder regulamentar. A disciplina da consensualidade por atos infralegais teria então relevância inquestionável (PALMA, 2015, p. 273-275).

Garcia (2017, p. 126-127) concebe o princípio da legalidade em uma dupla perspectiva na atividade estatal: como uma relação de compatibilidade do ato com a lei, quando o ato não contraria os preceitos normativos, e como uma relação de conformidade do ato com a lei, o que somente legitimaria a atuação estatal se houver previsão normativa, devendo o ato praticado conformar-se aos seus limites. O autor explica que o tratamento constitucional dado hoje ao princípio deixa claro que deve existir uma relação de conformidade entre os atos administrativos e a lei, sendo que a conformidade contém a compatibilidade, pois o ato conforme a lei será necessariamente com ela compatível. Essa relação de conformidade somente não será exigível, segundo o autor, nas hipóteses em que a própria norma assim dispuser: é o que ocorre nos regulamentos, que têm o seu limite estabelecido pela lei, mas podem dispor sobre tudo aquilo que não contrarie o princípio da reserva legal ou os próprios termos da norma que venha disciplinar, verificando-se então uma relação de compatibilidade.

Bandeira de Mello (2016, p. 105-106) aduz que “a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja”. Defende o autor que não é possível à Administração expedir atos normativos infralegais para coibir a liberdade dos administrados, salvo se já delineada em lei essa imposição. Assim, nunca caberia ao ato administrativo instaurar originalmente qualquer cerceamento a direitos de terceiros. No

mesmo sentido, Bacellar Filho (2003, p. 168) critica que, por meio do exercício da competência regulamentar, ao invés de ocorrer limitação do poder, há uma tendência de imposição de facilidades à Administração através do aumento de criação de obrigações aos particulares, tornando o princípio da legalidade contrário à sua razão de ser.

Em relação à posição desses últimos dois autores, tratando-se do TAC na esfera correcional, no contexto da atuação administrativa consensual, o que se verifica é justamente o oposto: o que se tem é Administração negociando a sua prerrogativa sancionatória, por meio de acordo com o particular. O ato infralegal que prevê o TAC, portanto, não significa qualquer imposição imperativa de obrigação ou sanção não prevista em lei. Acordo esse que, como se verá posteriormente, deve obedecer também a outros princípios da Administração Pública.

Os posicionamentos doutrinários analisados neste tópico amparam então a regulamentação do TAC sem a sua previsão expressa em lei. Mas o que se pretende demonstrar aqui é algo além, no sentido de que existe um alicerce normativo legal que embasa a regulamentação do TAC pela CGU no âmbito correcional do Poder Executivo Federal, tornando-se imprescindível sua análise.

Vale destacar inicialmente a redação do art. 14 do Decreto-Lei nº 200/1967 (que continua em vigor, tendo portanto força de lei): “o trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco”.

Pode extrair-se desse dispositivo a necessidade de simplificação dos procedimentos disciplinares e a supressão de mecanismos de controle (como o PAD) em casos em que seriam meramente formais, levando-se em conta a desproporção entre os custos gerados e os benefícios esperados (tratando-se de infrações de menor potencial ofensivo), o que será discutido no item 4.3 (princípio da razoabilidade e proporcionalidade). Mas cabe aqui adiantar o posicionamento de Osório (2000, p. 193) diante desse contexto de que o processo poderia ser um controle puramente formal. O autor explica que há um problema referente à tipicidade formal de alguns atos ilícitos no Direito Administrativo Sancionador, ou seja, que são formalmente proibidos mas não são materialmente lesivos aos princípios da Administração Pública ou à ordem social. Defende que, para esses casos, a instauração de processo não seria justificada, permitindo-se acordos. Além disso, há sempre o risco de ocorrer a prescrição devido à morosidade processual, especialmente em relação à penalidade de advertência. A CGU explica, em seu Manual de Processo Administrativo Disciplinar, que a prescrição pode

ocorrer durante o próprio PAD, a despeito do que dispõe o parágrafo 3º do art. 142 da Lei nº 8.112/1990 (BRASIL, CGU, 2020b, p. 364-371). Diante desse contexto, o TAC pode se traduzir como a racionalização do trabalho administrativo de que trata o dispositivo legal analisado (art. 14 do Decreto-Lei nº 200/1967).

A Lei nº 9.784/1999, por sua vez, em seu art. 2º, caput, determina que a Administração Pública obedecerá outros princípios, além do da legalidade, como o da eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, finalidade e interesse público, que serão posteriormente discutidos no presente trabalho. Ou seja, a observância de outros princípios pelo Poder Público tem também sede legal, não podendo a Administração furtar-se de sua aplicação, além da própria previsão constitucional para alguns deles (como é o caso da eficiência).

Tem-se ainda o já citado art. 2º, § único, inciso I da Lei nº 9.784/1999, que traz como critério a ser observado nos processos administrativos a atuação conforme a lei e o Direito. De forma mais específica, os incisos VI, VIII e IX, do § único do art. 2º da Lei nº 9.784/1999, determinam que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”, além da “observância das formalidades essenciais à garantia dos administrados” e a “adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados”.

A celebração do TAC na esfera correcional, frisando-se mais uma vez que somente é possível para infrações de menor potencial ofensivo, atende perfeitamente aos comandos legais citados, uma vez que se constitui em forma mais simples do que uma sindicância ou processo administrativo disciplinar, respeita os direitos e garantias dos administrados, e é instrumento adequado em relação à finalidade que almeja, atendendo ao interesse público da forma mais eficiente, conforme será ainda discutido no presente estudo.

Finalmente, ainda tratando-se de leis formais, tem-se o art. 26 da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942), introduzido pela recente Lei nº 13.655/2018, conforme visto no item 2.2.2 do presente trabalho. A partir dessa alteração legal observa-se uma mudança de entendimento na doutrina pesquisada, ao menos parcialmente, quanto à existência de permissivo legal genérico para a celebração de acordos pela Administração Pública.

Nesse sentido, Guerra e Palma (2018) entendem que o compromisso previsto no art. 26 da LINDB consiste em autêntico acordo administrativo, o que pressupõe a negociação de

prerrogativas por parte da Administração (dentre elas a sancionatória) e o encontro de vontades com o particular, em sede de um processo administrativo. Entendem os autores que o texto do referido artigo estrutura o que outras normas já tratavam a respeito de instrumentos que direcionam o Poder Público à atuação consensual, envolvendo a celebração de acordos substitutos de sanção e demais compromissos de ajustamento de conduta. Defendem então que essa alteração legislativa estabelece um permissivo legal genérico para que toda a Administração Pública celebre acordos, independentemente de qualquer outra lei específica, decreto ou regulamentação interna, consagrando dessa forma a consensualidade administrativa, com maior efetividade e segurança jurídica.

Tratando-se da competência da CGU para regulamentar procedimentos correccionais na esfera do Poder Executivo Federal, não há o que se discutir. O Decreto nº 5.480/2005, conforme já visto, estabelece que a CGU possui, na condição de Órgão Central do Sistema de Correição, dentre outras competências, a de "definir, padronizar, sistematizar e normatizar, mediante a edição de enunciados e instruções, os procedimentos atinentes às atividades de correição", bem como de "aprimorar os procedimentos relativos aos processos administrativos disciplinares e sindicâncias", conforme seu art. 2º, inciso I, c/c art. 4º, incisos I e II. O Decreto nº 9.681/2019, por sua vez, ao definir a estrutura organizacional da CGU, categoriza a Corregedoria-Geral da União (CRG) como um de seus órgãos específicos singulares (Anexo I, art. 2º, inciso II, alínea c), e dispõe que compete à CRG "exercer as competências de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal" e "formular, coordenar, fomentar e apoiar a implementação de planos, programas e projetos voltados à atividade correccional, inclusive com a edição de atos normativos" (Anexo I, art. 13, incisos I e V).

Verifica-se então que a CGU é o órgão competente para regulamentar os procedimentos atinentes à esfera correccional, e no seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria CGU nº 3.553/2019, foi confirmada, na sua estrutura organizacional, a Corregedoria-Geral da União (CRG) como um dos seus órgãos específicos singulares (art. 2º, inciso II, alínea c, do Anexo I da referida portaria). À Corregedoria-Geral da União compete "exercer as atividades de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal", bem como "realizar ou propor ao Ministro de Estado a definição, padronização, sistematização e normatização de aspectos e questões atinentes às atividades de correição, inclusive mediante a edição de atos normativos", conforme art. 45, incisos I e XI, do Anexo I da Portaria CGU nº 3.553/2019.

É possível concluir, portanto, diante do conjunto normativo legal que se relaciona ao tema, que a regulamentação do TAC pela CGU, através da IN nº 4/2020, não violou o

princípio da legalidade, ainda que analisado em sua acepção clássica (vinculação à lei formal, conforme analisado no item 4.1.1). No entanto, ainda que se pudesse defender o contrário, caberia ainda assim o sopesamento com outros princípios que, ao lado da legalidade, devem ser observados pela Administração Pública. O próprio conceito ampliado de legalidade, por sua vez, conforme tratado no item 4.1.1, igualmente torna necessário o estudo de outros princípios.

Passa-se então à análise desses outros princípios, estabelecendo-se suas relações com a consensualidade, que caracteriza a atuação da Administração Pública nos dias atuais (modelo gerencial), conforme já amplamente discutido, e especificamente com o TAC na esfera correcional do Poder Executivo Federal.

4.2 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A Administração Pública é regida também por outros princípios, que podem entrar em aparente conflito com o princípio da legalidade. A própria Constituição Federal traz expressamente, em seu art. 37, caput, que a administração pública direta e indireta de todos os Entes federativos obedecerá aos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além do da legalidade. A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, por sua vez, dispõe em seu art. 2º, caput, que "a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência".

O princípio da eficiência foi acrescentado ao texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, devendo nortear toda a atuação da Administração Pública. Esse princípio determina que a Administração deve agir de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam às necessidades da população, contrapondo-se à lentidão, ao descaso, à negligência e à omissão (MEDAUAR, 2015, p. 161).

O princípio da eficiência está relacionado tanto ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível, como também ao próprio modo de organizar e disciplinar a Administração Pública (DI PIETRO, 2018, p. 109). O núcleo desse princípio é a busca da produtividade e economicidade, devendo-se reduzir os desperdícios de dinheiro público, alcançando não apenas os serviços públicos prestados diretamente à sociedade, mas também os serviços administrativos internos (CARVALHO FILHO, 2018, p. 31-32).

Meirelles (2011, p. 98) classifica o princípio da eficiência como o mais moderno da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com a legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e atendimento satisfatório das necessidades dos administrados.

No entanto, a legalidade não será sacrificada em nome da eficiência: os dois princípios devem conciliar-se, devendo a Administração atuar com eficiência, dentro da legalidade (MEDAUAR, 2015, p. 161). Bandeira de Mello (2016, p. 126) entende que o princípio da eficiência está inserido em outro mais amplo, o da boa administração, e ressalta também que tal princípio não pode ser entendido senão sob o manto da legalidade, pois "jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência".

Nesse sentido, é importante ressaltar a ponderação trazida por Carnaes (2016, p. 145-146), de que não se pode suprimir a legalidade em prol da obtenção de uma maior eficiência, o que significaria uma atuação arbitrária e sem limites do Estado. O princípio da eficiência deve conviver de forma harmônica com os demais princípios constitucionais, devendo a eficiência, portanto, atuar ao lado da legalidade e ser limitada por ela. Daí a importância, para a autora, de que a celebração do TAC dependa de regulamentação específica, que delimitará o âmbito de escolha da Administração Pública. No presente trabalho já foi demonstrado que o TAC na esfera disciplinar do Poder Executivo Federal foi regulamentado pelo órgão legalmente competente, não se verificando, assim, mera prevalência da eficiência sobre a legalidade, o que vai ao encontro do entendimento da autora.

Garcia (2017, p. 113-115) explica que a atividade estatal deve ser norteadada por parâmetros de economia e celeridade na gestão dos recursos públicos, não sendo direcionada à busca de um bom resultado apenas, mas sim do melhor resultado possível. Assim é que a legalidade passa a ser valorada sob uma ótica material, deixando de ser analisada sob um viés meramente formal. A eficiência assume então um papel de norma de conduta, a ser observada de forma imperativa pela Administração, destacando-se que não se trata de conceito oposto ao da legalidade, pelo contrário: integram-se e complementam-se na busca do melhor resultado.

Carnaes (2016, p. 151-159) discorre sobre cinco elementos que compõem o princípio da eficiência. O primeiro é o da economicidade, devendo ser observada a relação custo-benefício, no sentido de atender aos anseios da população de forma mais rápida e utilizando menos recursos, evitando-se procedimentos desnecessários, que fariam movimentar a máquina pública através da processualização de litígios que poderiam ser resolvidos através

de decisões consensuais entre as partes. No entanto, chama atenção que o princípio da eficiência não pode se resumir a um elemento advindo das Ciências Econômicas, sendo importante a análise dos quatro elementos de forma conjunta. O segundo elemento é a celeridade, que não deve ser entendida como a resolução de problemas da forma mais rápida possível, mas sim no sentido de que não seja utilizado mais tempo que o necessário para o deslinde da questão. O terceiro elemento é a efetividade, que diz respeito ao atingimento dos resultados pretendidos de forma idônea e satisfatória, afinal, de nada adiantaria a escolha do meio mais econômico e célere se o objetivo não fosse atingido. O quarto elemento descrito pela autora é o dinamismo, que confronta o rigorismo burocrático quando se está diante da possibilidade de solucionar problemas de forma mais econômica, rápida e eficaz.

A Administração não pode então ficar atrelada à necessidade de um processo sancionatório quando pode escolher outro meio, como o TAC, que atende aos elementos analisados e é protegido por outras regras e princípios, além do fato de que para sua celebração, o próprio administrado, por sua livre vontade, aceita a assunção do compromisso. Como consequência da reunião de todos esses elementos tem-se a noção de boa administração, que pode também ser considerada como um quinto elemento, o que faz dela também uma causa a ser perseguida: atender às expectativas da sociedade por meio de uma Administração que trabalha em prol do interesse público e da rápida resolução de situações (CARNAES, 2016, p. 151-159).

Na esfera disciplinar, o princípio da eficiência pode ser focado como um dos critérios orientadores da sumarização do procedimento administrativo (e não do processo), com vistas à simplicidade e celeridade. Remete assim à ideia de proporcionalidade das técnicas de definição e exercício da competência processual administrativa disciplinar, como a adequação entre meios e fins e a proibição de excesso (BACELLAR FILHO, 2003, p. 221).

Palma (2015, p. 283-285) enumera algumas vantagens que podem ser observadas, em atendimento ao princípio da eficiência, quando a Administração opta pela atuação consensual por meio de acordos: a redução de tempo e, conseqüentemente, de custos, a imediata resposta à sociedade (o que se relaciona à celeridade processual) e a redução da judicialização, pois a celebração do acordo pressupõe o consenso das partes e, portanto, o cumprimento de seus termos pelas partes tende a ocorrer de forma espontânea, evitando-se, assim, questionamentos em juízo de decisões tomadas pela Administração. A autora pondera, contudo, que não necessariamente os acordos substitutivos serão sempre mais eficientes do que o prosseguimento do processo sancionador para apuração da responsabilidade administrativa ou

a aplicação da sanção, o que dependerá do acordo (definido pelas normas que o disciplinam) e das peculiaridades do caso concreto.

O presente trabalho trata especificamente do TAC na esfera correcional do Poder Executivo Federal. Assim, a fim de analisar este instrumento sob a ótica do princípio da eficiência, especificamente em relação à economicidade, importante é a informação acerca do custo médio para a Administração Pública de um processo administrativo disciplinar (PAD) instaurado na esfera federal.

Nóbrega e Tabak (2017) realizaram um estudo nesse sentido, a partir de informações do Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD), administrado pela CGU. O cadastramento dos PAD nesse sistema é obrigatório para toda a Administração Pública Federal, com informações desde as portarias de instauração à penalidade aplicada. Explicam que um dos fatores que tem mais reflexos nos custos do PAD é a sua duração, pois traduz o tempo em que os servidores que compõem a comissão ficarão afastados de suas atividades rotineiras, total ou parcialmente. A Lei 8.112/1990 (art. 152) estabelece que a duração de um PAD é de 60 dias, podendo ser prorrogável por igual período. No entanto, de acordo com a pesquisa realizada pelos autores citados, entre os anos de 2010 a 2014 foram concluídos 22.737 processos administrativos disciplinares no poder Executivo Federal, com tempo médio de duração de 395 dias, sendo 275 dias com a comissão e 120 para o julgamento. Os 275 dias correspondem a 9,16 meses de remuneração. Foi então verificada a remuneração média dos servidores públicos federais, tendo em vista que qualquer servidor pode compor o colegiado responsável para condução dos trabalhos, bastando ser estável no serviço público (art. 149 da Lei 8.112/1990), chegando-se ao valor de R\$ 9.723,00 em 2015. Multiplicando-se este valor por 9,16 chega-se a R\$ 89.062,68 como custo referente a cada servidor que atua no PAD. Então para se chegar ao custo do PAD foi multiplicado tal valor por 3 (número de servidores que integram a comissão), resultando no montante de R\$ 267.188,04. Contudo, nas unidades de corregedoria ou outras com papel semelhante, é comum que os membros da comissão trabalhem em várias comissões, simultaneamente. Foram então utilizados dados da Coordenação-Geral de Monitoramento de Processos Disciplinares, onde cada servidor atua em 8,44 PAD simultaneamente, na condição de membro ou Presidente. Assim, o custo médio do PAD, no período que está com a comissão, seria de R\$ 31.657,40 (R\$ 267.188,04 / 8,44). O estudo considerou ainda o tempo para julgamento, cujo custo médio seria de R\$ 9.956,60, levando-se em conta a remuneração média das autoridades julgadoras (R\$ 19.913,33) e o prazo médio para julgamento (15 dias). O último gasto computado foi referente ao percentual

de reintegrações por decisão judicial, nos casos em que o servidor foi desligado do serviço público, cujo custo seria de R\$ 2.499,70, chegando-se então ao valor total do custo médio de um PAD no montante de R\$ 44.113,70.

Nota-se que, para a apuração de tal valor, foram considerados os PAD referentes às mais diversas infrações. O custo do PAD que viesse a culminar em penalidade de advertência ou suspensão de até 30 dias (definidas como de menor potencial ofensivo e sujeitas ao TAC, conforme a IN da CGU que trata do tema) seria então menor. Isso porque não seria computado, por exemplo, o custo da reintegração do servidor. Além disso, tratando-se apenas de infrações de menor lesividade, a sua apuração tende a ser mais simples, o que poderia se traduzir em um menor tempo médio do PAD (reduzindo, portanto, o seu custo médio).

Mesmo com essas ressalvas em relação às infrações de menor potencial ofensivo, o estudo mostra-se relevante para o presente trabalho pois coloca em números os custos do processo disciplinar na esfera do Poder Executivo Federal, sendo possível ter uma noção real desses valores. Assim, ainda que tal custo possa ser menor quando referente às ações disciplinares com menor potencial ofensivo, é inegável a economia aos cofres públicos quando é celebrado o TAC alternativamente a tal procedimento (PAD).

Nesse ponto, cabe fazer mais uma observação. Não se pode esperar o mesmo grau de eficiência quando o TAC é celebrado no decorrer ou ao final do PAD (ou sindicância), quando já foram depreendidos recursos (humanos e materiais) e tempo na apuração da infração. De acordo com a IN CGU nº 4/2020, a celebração do TAC pode ocorrer quando o procedimento disciplinar já estiver em andamento, podendo ser sugerida pela comissão responsável pela sua condução. A CGU explica que a comissão responsável pelo PAD, nesse caso, dará continuidade à apuração até ciência da concessão do benefício, quando devolverá os autos à autoridade instauradora (BRASIL, CGU, 2020b, p. 89).

Assim, tem-se o princípio da eficiência atendido de forma máxima quando o acordo acontece anteriormente à instauração do PAD, e é nesse sentido que a IN citada estabelece prazo para o agente público interessado apresentar a proposta do TAC à autoridade instauradora (10 dias após o recebimento da sua notificação como acusado), aplicando-se o mesmo prazo à hipótese de oferecimento de ofício do TAC por essa autoridade (art. 5º, parágrafos 1º e 3º, da IN CGU nº 4/2020).

A CGU noticiou que, de junho a dezembro de 2017 (primeiros sete meses após a previsão do TAC pela IN CGU nº 02/2017), foram celebrados 140 acordos, traduzindo-se em

uma economia potencial de R\$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais) aos cofres públicos. Informou ainda que, em 2017, foram realizadas 502 apurações que resultaram na identificação de condutas passíveis de advertência, sendo então que o TAC foi utilizado em cerca de 30% dessas situações (BRASIL, CGU, 2018). Ressalte-se que, na ocasião dessa notícia, estava vigente a IN CGU nº 02/2017, que previa a celebração do TAC apenas nos casos de infrações puníveis com advertência.

Diante do impacto financeiro, bem como de outras razões de ordem pragmática, a instauração de um PAD para apurar infrações de menor potencial ofensivo pode representar medida violadora do princípio da eficiência. A implementação do TAC configura então importante avanço no aprimoramento da gestão disciplinar, representando meio mais célere e eficiente para resolução de conflitos (SOUZA, 2018).

Assim, a celebração do TAC atenderia a anseios da própria administração pública, ao garantir mais eficiência e desburocratizar a atuação das corregedorias nos ministérios e autarquias (BRASIL, CGU, 2018), e também poderia ser vantajosa para o servidor em inúmeros aspectos, como o emocional (não se submeter a um PAD), funcional (não ter registro de penalidades em seus assentamentos funcionais) e até mesmo financeiro (no caso de evitar uma suspensão). Relembrando-se que o TAC somente será celebrado se estabelecido um consenso entre as partes (servidor e Administração), devendo cada uma ponderar seus interesses.

4.3 PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Existem diversos outros princípios que regem a Administração Pública, mas que podem não estar expressos na Constituição Federal. A Lei nº 9.784/99, por exemplo, conforme visto, prevê também os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em seu art. 2º, caput. Meirelles (2011, p. 95) explica que a mesma Lei determina, nos processos administrativos, a observância do critério de "adequação entre os meios e fins", cerne da razoabilidade, e veda "imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público", traduzindo aí o núcleo da proporcionalidade, conforme seu art. 2º, § único, inciso VI. Para o autor, o princípio da razoabilidade poderia ser chamado de princípio da proibição do excesso, evitando restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração, com lesão a direitos fundamentais. Envolve então a proporcionalidade, e vice-versa (MEIRELLES, 2011, p. 94-95).

Pelo princípio da razoabilidade, a Administração terá que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, de acordo com o senso normal de pessoas equilibradas, sendo portanto não apenas inconvenientes, mas também ilegítimas, as condutas desarrazoadas, incoerentes ou praticadas em desconsideração às situações que seriam atendidas por alguém que tivesse atributos normais de prudência e sensatez. O fato de a lei conferir ao administrador certa margem de discricionariedade significa que esse tem o encargo de adotar a providência mais adequada, dentre aquelas possíveis, para o caso em questão. Não significa, portanto, que lhe foi outorgado o poder de agir de acordo com seus humores, paixões pessoais ou critérios personalíssimos (BANDEIRA DE MELLO, 2016, p. 111).

Trata-se a razoabilidade, portanto, de princípio que tenta impor limitações à discricionariedade administrativa (DI PIETRO, 2018, p. 106), devendo haver uma relação de pertinência entre a finalidade do ato e os padrões de oportunidade e conveniência (MEIRELLES, 2011, p. 95).

É necessário então que haja uma adequação entre a situação (fática ou jurídica) e a natureza do ato praticado, ponderando-se a causa e o efeito pretendido. Se o conteúdo do ato for harmônico com os motivos e fins que o justificam, tem-se a razoabilidade; se o ato for exagerado ou possuir uma limitação excessiva, em relação à situação fática e à finalidade almejada, será irrazoável (GARCIA, 2017, p. 26-28).

O princípio da proporcionalidade parece ser uma faceta do princípio da razoabilidade (BANDEIRA DE MELLO, 2016, p. 114), constituindo-se em um dos seus aspectos, pois a razoabilidade exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que pretende alcançar (DI PIETRO, 2018, p. 106).

Já Medauar (2015, p. 163) entende que a razoabilidade está englobada pelo princípio da proporcionalidade. Este consiste, para a autora, no dever de não serem impostas obrigações, restrições ou sanções aos administrados em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins (razoabilidade). A proporcionalidade é então associada a um sentido de intensidade das medidas adotadas, especialmente nas restritivas e sancionadoras.

Assim, enquanto o princípio da razoabilidade é indicador de uma relação lógica entre meios e fins, Garcia (2017, p. 28) também entende o princípio da proporcionalidade como um conceito mais amplo, alcançando outros aspectos da intensidade do ato, que deve ser adequado, necessário e proporcionar benefícios maiores que eventuais malefícios gerados.

Assume este princípio então grande importância, uma vez que, no caso concreto, evita restrições de direitos individuais em intensidade superior às necessárias para a preservação do interesse público.

O princípio da razoabilidade, estando intimamente conectado ao devido processo legal, preside toda a atividade estatal sancionadora. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, é um pilar de desenvolvimento e concretização das normas do Direito Administrativo Sancionador (OSÓRIO, 2000, p. 164 e 171).

O princípio da proporcionalidade foi concebido a fim de garantir a legitimidade da atuação estatal e preservar o equilíbrio e racionalidade dos atos praticados, pois o princípio da legalidade, em certas ocasiões, mostra-se insuficiente para evitar a prática de atos com intensidade dissonante do interesse público ou com exagerada lesividade aos direitos individuais. No Direito Administrativo, o princípio da proporcionalidade estabelece limites aos atos praticados pelo Poder Público, evitando a imposição de sacrifícios ao administrado que não sejam indispensáveis à preservação do interesse público (GARCIA, 2017, p. 150).

Costuma-se decompor o princípio da proporcionalidade em três elementos a serem observados: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (BANDEIRA DE MELLO, 2016, p. 114). Adequação significa que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim almejado; por necessidade deve-se entender que não há outro meio menos gravoso para alcançar aquele fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos, logo, a conduta é necessária; a proporcionalidade em sentido estrito é observada quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens (CARVALHO FILHO, 2018, p. 44), ou seja, quando meios e fins são colocados mediante um juízo de ponderação, pesando-se as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins, com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim (BANDEIRA DE MELLO, 2016, p. 114).

Aplicando-se o princípio da proporcionalidade ao TAC, Carnaes (2016, p. 165-166) explica que deve-se questionar inicialmente se o ajustamento de conduta é meio adequado para proteger o interesse público no caso específico, bem como se estaria apto a evitar novos danos e se seria suficiente para o restabelecimento da ordem. Sendo as respostas afirmativas, tem-se que o instrumento escolhido é adequado, ou seja, está apto a atingir o fim almejado. No entanto, o processo sancionador pode igualmente revelar-se como adequado ao se responder a esses questionamentos. Parte-se então para a análise da necessidade, quando se deve verificar se o meio utilizado é necessário à solução da controvérsia, ou se existiria outro

tão eficaz quanto mas que limitasse menos direitos. Nesse ponto parece que o procedimento contencioso fica em desvantagem em relação ao TAC, ressaltando-se que o meio consensual não beneficia o infrator. Trata-se apenas de um instrumento que limita menos os direitos envolvidos, já que permite o diálogo entre as partes e a escolha do melhor meio de solução para ambas, demonstrando-se portanto tão ou mais eficaz do que o procedimento sancionador (CARNAES, 2016, p. 165-166).

Caso ainda se entenda que tanto o TAC como o procedimento são igualmente necessários, passa-se a apreciar a proporcionalidade em sentido estrito, quando se deve comparar a segurança de um procedimento extenso, com a garantia do devido processo legal e a produção de provas, por vezes complexas, contra o requerido, com a eficiência trazida pelo modelo consensual que, apesar de relativizar eventuais penalidades que poderiam ser aplicadas, resolve a situação de forma rápida e previne danos maiores (CARNAES, 2016, p. 166-167).

Na esfera correcional, considerando-se as situações de infrações de menor potencial ofensivo, conforme IN CGU nº 4/2020, a celebração do TAC parece também estar em vantagem como instrumento alternativo ao procedimento sancionador, tomando-se por base esta última faceta da proporcionalidade, ao propiciar benefícios maiores do que as desvantagens, tanto para o servidor (que não seria penalizado, mas assumiria obrigações para ajustar sua conduta) como para a Administração (que teria menos custos e atenderia ao interesse público de forma mais célere).

Sousa Neto (2018) entende que há uma tendência irreversível em se adotar, em matéria correcional, condutas cada vez mais conciliadoras e guiadas pelos critérios de racionalidade e proporcionalidade, devendo-se sopesar o grau de lesividade das possíveis infrações funcionais com os custos da instauração dos procedimentos disciplinares.

Nesse sentido, Osório (2000, p. 193) chama atenção que existe um problema referente à tipicidade formal de alguns atos ilícitos, ou seja, que são formalmente proibidos pelo Direito Administrativo Sancionador, mas que não se mostram materialmente lesivos a princípios da Administração Pública ou da ordem social. Não se justificaria, nesses casos, na visão do autor, o desencadear de investigação ou processo, sendo permitidos acordos, com o necessário ressarcimento ao erário ou às partes lesadas, se for o caso.

Pode-se então afirmar que a celebração do TAC na esfera correcional é amparada pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de acordo com os conceitos analisados.

Conforme já visto no presente trabalho, a Lei nº 9.784/1999, em seu art. 2º, parágrafo único, inciso VI, dispõe que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

Assim, sendo o TAC um instrumento adequado à resolução do conflito, de forma consensual entre o Poder Público e o administrado, assumindo estas obrigações a fim de ajustar sua conduta, estando portanto atendido o interesse público para infrações de menor potencial ofensivo (com menos custos e de forma mais célere), eventual imposição de sanção após sindicância ou PAD poderia caracterizar-se como desarrazoada e desproporcional.

4.4 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, pode-se entender que a coletividade é a real titular dos direitos e interesses públicos. Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração ou a seus agentes, cabendo-lhes apenas atuar em sua gestão e conservação, em prol da própria coletividade. Assim é que a Administração, por agir em nome de terceiros, não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos (CARVALHO FILHO, 2018, p. 37). O interesse público seria então irrenunciável pela autoridade administrativa (DI PIETRO, 2018, p. 94).

Este princípio, ao lado do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, garantem ao estado prerrogativas e o poder de imposição de atos unilaterais aos administrados, a fim de atender ao interesse público, sendo portanto embasador de condutas imperativas (CARNAES, 2016, p. 09).

Carvalho Filho (2018, p. 34-35), ao tratar do princípio da supremacia do interesse público, entende que, em havendo um conflito entre o interesse privado e o público, este deve prevalecer. Critica uma “visão pretensamente modernista” contra esse princípio, no sentido da primazia de interesses privados, com suporte em direitos fundamentais, quando ocorrem situações específicas. Defende que se o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certas relações, é mais evidente ainda que, como regra, deve-se respeitar o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. Para o autor, a existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio, sendo este o corolário natural do

regime democrático, calcado na preponderância das maiorias. Logo, a sua desconstrução seria uma visão distorcida, colocando em risco a própria democracia, mas aduz que o princípio suscita uma reconstrução, ou seja, uma adaptação à dinâmica social.

Em que pese o entendimento do ilustre autor, as considerações da doutrina pesquisada no presente trabalho não são no sentido da supremacia de interesses privados em situações específicas, mas sim na mudança de uma relação de supremacia do interesse público para uma de ponderação, e baseiam-se na ideia de que a indisponibilidade do interesse público não é incompatível com a atuação administrativa consensual, conforme se verá a seguir.

Medauar (2015, p. 162) entende que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, se algum dia existiu, está ultrapassado, pois a CF/1988 prioriza os direitos fundamentais dos particulares, sendo então incoerente invocá-lo como princípio do Direito Administrativo. Defende que, de acordo com a CF/1988 e com a doutrina administrativista contemporânea, cabe à Administração ponderar os interesses em determinada situação, compatibilizando-os, a fim de minimizar os sacrifícios, até mesmo pela aplicação do princípio da proporcionalidade, que implica a busca da medida menos gravosa para a obtenção de um resultado. Por fim, aduz que até os autores que se prendem a esse princípio reconhecem a necessidade de sua reconstrução, de sua adequação à dinâmica social, ou seja, de sua adaptação visando à harmonização de interesses.

Neves e Ferreira Filho (2018) explicam que a ideia da supremacia do interesse público foi estabelecida na base do Direito Administrativo brasileiro colocando-se em um nível hierárquico superior ao dos interesses privados, devendo sobre eles prevalecer. Aliada à supremacia, a indisponibilidade do interesse público tem como fundamento a ideia de que não cabe ao administrador fazer valer seu interesse privado em detrimento do público, devendo a este sempre se vincular. No entanto, admitem que surge um problema quando se utiliza o discurso hermético do interesse público como limitador de qualquer atuação consensual.

Moreira Neto (2016, p. 169-173) explica que a consensualidade na atuação administrativa, em decisões antes reservadas à imperatividade, somente adveio com a redefinição do conceito de interesse público. Enquanto no Antigo Regime o interesse público era confundido com o interesse do rei, com a Revolução Francesa e o posterior desenvolvimento do positivismo jurídico o conceito ganhou autonomia nas definições legislativas ordinárias, uma vez que não se reconhecia, na época, eficácia imediata às definições constitucionais. Com o constitucionalismo pós-positivista é que adveio a eficácia geral dos comandos constitucionais, deslocando-se para a sede constitucional o princípio do

interesse público, chegando-se hoje a um constitucionalismo de resultado, que tornou obsoleto o conceito de constitucionalismo programático.

Nesse contexto, o princípio da eficiência foi inserido nas Constituições, inclusive na brasileira, passando a também ser um dos vetores da atuação administrativa. O conceito de eficácia, por sua vez, que não contém qualquer apreciação quanto ao resultado concreto da ação, mas apenas a sua aptidão para produzi-lo, evolui para o da efetividade, ou seja, o atingimento satisfativo do interesse público. São tais mudanças que marcam a passagem de uma relação de supremacia a uma relação de ponderação, sendo cada vez maior a interação entre Estado e sociedade (MOREIRA NETO, 2016, p. 169-173).

Medauar (2015, p. 163) explica que o princípio da indisponibilidade do interesse público deixa de ser atendido, por exemplo, quando a autoridade deixa de apurar a responsabilidade por irregularidade de que tenha ciência. No entanto, ressalva que esse princípio não deve ser invocado como impedimento à realização de acordos e à utilização de práticas consensuais pela Administração. Defende que o interesse público é atendido plenamente na rápida solução de controvérsias e na conciliação de interesses.

Monteiro (2012) aduz que a noção clássica de interesse público foi reformulada no novo modelo de gestão estatal a partir da década de 1990, com a redução da dicotomia público x privado. O autor leciona que o interesse público deixa de ser indivisível para ser múltiplo, e não mais antagônico ao interesse dos cidadãos, nesse contexto de redução do caráter autoritário estatal. O texto da CF/1988 ampara esse entendimento, ao trazer, logo em seu preâmbulo, a importância de assegurar os direitos individuais e sociais, bem como uma sociedade pluralista. Essa conexão entre o interesse público e o particular mitiga então a “supremacia do interesse público sobre o particular”, pela própria impossibilidade da distinção entre o que seria o interesse público, de um lado, e os interesses particulares, de outro. Ambos passam a caminhar juntos nessa nova concepção da administração consensual, com a ideia de que não há um único interesse público, devendo prevalecer o diálogo entre gestor público e particular a fim de atingir-se um interesse comum (MONTEIRO, 2012).

No mesmo sentido, Neves e Ferreira Filho (2018) entendem que o conceito de interesse público é mutável. Explicam que o interesse público é considerado, ainda para aqueles que defendem a ideia de supremacia e indisponibilidade, como algo intertemporal, que se modifica de acordo com a adequação e necessidade de seus destinatários. Sua interpretação varia então em cada contexto, sendo objeto de modificação no tempo. Logo, o interesse

público, no contexto atual, não deve ser entendido como um óbice absoluto à consensualidade administrativa, afinal, esta é uma prática recorrente na solução dos problemas pelo Estado, especialmente tendo em vista a exigência constitucional de eficiência e as diversas políticas públicas estabelecidas ao Estado pela CF/1988. Os autores ponderam ainda que, ainda que o interesse público fosse colocado acima dos demais, enquanto princípio, este não seria absoluto, havendo que ser sopesado no caso concreto quando em colisão com o princípio da eficiência.

Moreira Neto (2016, p. 189) concorda que o interesse público nem sempre deverá prevalecer de modo absoluto numa relação, pois nela podem concorrer outros interesses protegidos constitucionalmente, o que exige soluções ponderadas. Além disso, o decurso do tempo, dentre outros motivos, pode inviabilizar o atendimento do interesse público de forma satisfatória em um conflito, sendo preferível a adoção de práticas negociadas.

Ao encontro de tais entendimentos doutrinários, o STF, ao analisar o RE nº 253.885/MG, assim se manifestou (BRASIL, STF, 2002):

EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tendo disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimateção deste interesse.

Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF).

Recurso extraordinário não conhecido.

No citado julgado o recorrente alegou ofensa ao art. 37 da Constituição Federal, aduzindo que o princípio da legalidade fora ofendido, por não haver lei autorizando a transação celebrada entre as partes (Município de Santa Rita do Sapucaí e recorridas), ainda mais porque o Poder Público seria mero executor do interesse público, que é fixado em lei, não podendo dele dispor. O STF analisou que o acórdão recorrido, que concluiu pela validade da transação firmada entre o Município e as recorridas, considerou que o acordo serviu a uma mais rápida e efetiva consecução do interesse público, não havendo portanto que se falar em ofensa ao art. 37 da Constituição. Assim, como a conclusão do acórdão recorrido foi pela não onerosidade do acordo celebrado, cujo entendimento não poderia ser alterado naquela instância (pois implicaria em exame fático-probatório), o recurso extraordinário não foi conhecido. Dessa forma, mesmo sem a previsão legal para a celebração da transação no caso

concreto, prevaleceu a compreensão acerca da possibilidade do acordo pois, como solução consensual adotada pelas partes, propiciou a maximização do interesse público.

Moreira Neto (2016, p. 168-169) explica que o conceito de interesse público passou de obstáculo a aspecto essencial da administração pública consensual. O autor ensina que coube à doutrina alemã superar o problema da compatibilização entre a definição do interesse público e a consensualidade na Administração, por meio da teoria do duplo grau. Esta distingue dois níveis de exercício de poder: a categoria primária e a secundária, cabendo à esfera do público a decisão primária de poder, compreendida em sua competência de agir, e à esfera do privado a decisão secundária de poder, negociável e que permite a escolha da melhor solução para atuar. Distingue-se assim a vontade administrativa dotada de um poder estatal primário, que é absoluto, inegociável e inflexível, situado no campo das decisões vinculadas, do vontade administrativa dotada de um poder estatal secundário, que é relativo, negociável e flexível, situado no campo das decisões discricionárias.

Enquanto o interesse público primário relaciona-se aos valores eleitos pela sociedade como um todo, o interesse público secundário seria relativo a direitos eminentemente patrimoniais, estando a Administração autorizada a dispor dos mesmos, mas sempre a fim de atingir a um interesse público primário (MONTEIRO, 2012). O interesse primário é então o que a lei consagra, exatamente por referir-se à sociedade como um todo, enquanto o secundário é relativo ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, somente podendo ser perseguido pelo Estado quando coincidente com o primário (BANDEIRA DE MELLO, 2016, p. 102).

Nesse sentido, Carnaes (2015, p. 111-116) exemplifica o caso de uma infração atingir bem ou numerário pertencente ao Poder Público. O interesse público secundário neste exemplo, que seria particular, atinente à pessoa jurídica da Administração Pública, jamais poderia ser exercido contrariando o interesse público primário. Assim, como o bem da entidade (pessoa jurídica) é um patrimônio público, é de interesse público primário que este seja devolvido por completo, não havendo qualquer possibilidade de renúncia ou disposição no caso concreto. Em relação à consensualidade, a autora explica que, a fim de resguardar o interesse público primário, a Administração poderá ou não adotar o meio consensual em substituição a procedimento sancionatório, a depender da análise, no caso concreto, de qual instrumento irá melhor atender a esse interesse.

A autora atribui então como falso o obstáculo da indisponibilidade do interesse público em relação à possibilidade de celebração do TAC, como um dos instrumentos da

consensualidade. A decisão da Administração em escolher celebrar o TAC deve se voltar à obrigação de atender ao interesse público primário, não havendo uma relativização deste, pois as obrigações de dar, fazer e não fazer previstas no TAC devem ser fortes o suficiente para que ajustem a conduta do indivíduo à lei (CARNAES, 2015, p 111-116).

Palma (2015, p. 59) também aponta que o princípio da indisponibilidade do interesse público é apresentado (indevidamente) como óbice à celebração de acordos pela Administração Pública. A autora constata quatro conteúdos conferidos a esse princípio: indisponibilidade da finalidade legal, do dever de agir da administração, de bens e serviços públicos e das competências administrativas (prerrogativas públicas), e nega a compreensão desse princípio, nas suas múltiplas significações na seara doutrinária, como um impeditivo da consensualidade na Administração Pública.

A indisponibilidade da finalidade legal consiste na interpretação de que é o interesse público, e não a vontade do administrador, que direciona a atuação administrativa, cabendo ao gestor público apenas explicitar o interesse público estabelecido em lei formal e conformá-lo à atividade administrativa. Mas a atuação administrativa consensual não confronta essa interpretação, pois os acordos administrativos não se opõem ao interesse público, pelo contrário: podem corresponder à própria expressão desse interesse, sendo instrumentos para satisfação das finalidades públicas (PALMA, 2015, p. 178).

Quanto à indisponibilidade do dever de agir da Administração, exige-se que a autoridade administrativa tome medidas para satisfazer o interesse público. No entanto, a celebração de acordos administrativos não importa inércia ou demora da Administração em agir na defesa de finalidades públicas (PALMA, 2015, p. 178-179).

Em relação à indisponibilidade das competências administrativas, inclusive das prerrogativas públicas, a autora explica que tais prerrogativas não poderiam ser afastadas no caso concreto, devendo ser utilizadas na atividade administrativa a fim de satisfazer o interesse público, não podendo a Administração renunciar de seus poderes. Contudo, o caráter de instrumentalidade das prerrogativas públicas, já explicado anteriormente no presente trabalho, implica o seu reconhecimento na esfera da discricionariedade, ou seja, a Administração tem a faculdade de utilizar ou não as suas prerrogativas para satisfazer determinada finalidade de ordem pública. Trata-se de um privilégio, que consiste na possibilidade de a Administração, ao contrário dos particulares, poder contar com essas faculdades exorbitantes, como instrumentos de trabalho. Tomando-se como exemplo a prerrogativa sancionatória, a Administração pode pôr fim de forma consensual ao processo

sancionador, atendendo-se ainda assim à finalidade pública. É que esta pode ser satisfeita de diversas formas, seja por meio de mecanismos imperativos, seja pela via consensual, na qual se evidencia a concertação administrativa com a celebração de acordo, que integre ou substitua o processo administrativo. O que se torna relevante é a Administração decidir de forma fundamentada, com a exposição dos motivos da escolha de um modo de agir em detrimento de outro (PALMA, 2015, p. 179-182).

Alves (2009), ao tratar das infrações disciplinares, da mesma forma aduz que a possibilidade de se recompor a ordem administrativa por meios outros, que não a sindicância e o PAD, não viola o princípio da indisponibilidade do interesse público. Entende que ocorre justamente o contrário, ou seja, resguarda-se o interesse público quando é possível encontrar uma solução mais segura, mais ágil e mais econômica, que alcance sua finalidade, sem a necessidade de se passar pelo complexo rito de um PAD ou sindicância.

Na esfera disciplinar, eventual punição não se equipararia então a atender à supremacia do interesse público, da mesma forma a celebração de acordo não seria uma supremacia do interesse privado. Assim, a indisponibilidade do interesse público não constitui óbice à celebração de acordos que venham substituir eventual sanção, pois o ato consensual pode ser a própria expressão do interesse público, levando-se em conta, por exemplo, a efetividade da decisão bilateral, a economia de tempo e de custos e a adequação da solução negociada em relação às peculiaridades do caso concreto (PALMA, 2010).

Segundo Moreira Neto (2016, p. 188), a objeção à consensualidade se dava a partir de uma interpretação (não mais adequada) do princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo a qual a negociação na esfera administrativa significaria negociar o próprio interesse público. No entanto, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos no âmbito do Direito Administrativo, entre elas o TAC, não se cogita negociar o interesse público, mas sim os modos de atingi-lo com maior eficiência, a fim de se resolver o conflito, retomando-se a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa. Justifica-se, portanto, tanto na esfera social quanto na econômica, a aplicação de modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, em relação àqueles que seriam aplicados unilateralmente pela Administração Pública (MOREIRA NETO, 2016, p. 188).

Assim, "por ser um conceito intertemporal, o interesse público deve ser adequado à nova realidade do Estado, mediante uma postura consensual, que deve ser estudada e sistematizada à luz do seu novo contexto e das novas exigências sociais" (NEVES & FERREIRA FILHO, 2018, p. 75).

4.5 SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS

Alexy (2008) explica que, pelo próprio conceito de princípios, que se diferencia do que se entende por regras, verifica-se que dois ou mais princípios podem entrar em colisão no caso concreto. Ainda que regras e princípios possam ser reunidos sob o conceito de norma, há diversos critérios para diferenciá-los. A generalidade é um deles, sendo os princípios normas com grau maior de generalidade, ao contrário das regras. Mas o ponto decisivo na diferenciação entre os dois conceitos, explica o autor, é que os princípios são considerados mandamentos de otimização, ou seja, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Já as regras são normas satisfeitas ou não satisfeitas no âmbito dessa mesma possibilidade fática ou jurídica. Nesse sentido, a colisão entre os princípios permite que um prepondere em relação ao outro, o qual não será por isso declarado inválido ou terá uma cláusula de exceção, pelo contrário: pode inclusive haver a inversão do princípio prevalente em uma situação diante de circunstância diversa. Assim, os princípios podem possuir pesos diferentes, a serem mensurados no caso concreto. Haverá, então, um sopesamento entre os interesses quando se verificar a colisão entre dois ou mais princípios, com a consequente prevalência de um sobre o outro em determinadas condições específicas (ALEXY, 2008).

A reavaliação do constitucionalismo ocorrida após a Segunda Guerra Mundial elevou a importância dos princípios, que até então eram considerados pelo positivismo jurídico como um grau mais elevado de generalização das regras, para o patamar de uma categoria normativa autônoma e dotada de um sistema de eficácia próprio (MOREIRA NETO, 2016, p. 167). Assim é que, nos dias atuais, tem-se um período pós-positivista, em que os princípios deixaram de ser meros complementos das regras, passando a ser vistos como formas de expressão da própria norma, sendo esta subdivida em regras e princípios. Os princípios possuem então caráter normativo (dever ser), sendo cogente a sua observância, pois possuem elevado grau de imperatividade, exigindo a conformação das condutas praticadas aos seus conteúdos (GARCIA, 2017, p. 96).

A satisfação do interesse público não se limita então à observância da lei formal, mas inclui também os comandos oriundos dos princípios gerais de direito (NERY, 2018, p. 73-74). Enquanto as regras obedecem à subsunção, ou seja, a regra aplicada afasta a regra preterida, os princípios são aplicados pela ponderação, quando se pretende, diante de aparente conflito

entre eles, mantê-los na maior medida possível de cada um no caso concreto (CARNAES, 2016, p. 164-165).

No análise do princípio da legalidade no tópico 4.1 deste trabalho, defendeu-se que a previsão do TAC por norma infralegal na esfera correcional do Poder Executivo Federal, considerando-se o conjunto de leis vigentes que tratam da atuação administrativa, não configura violação a esse princípio, ainda que analisado em sua acepção clássica (mais restrita) adotada pela doutrina (vinculação da Administração Pública à lei formal). Mas ainda que se pudesse entender que haveria ofensa à legalidade formal, o que somente seria possível considerando-se a Lei nº 8.112/1990 de forma isolada no ordenamento (o que não condiz com as melhores técnicas de interpretação jurídicas), é inegável a necessidade de ponderação com outros princípios de observância obrigatória pela Administração e que amparam, conforme já analisado no decorrer deste trabalho, o instrumento consensual aqui tratado.

Assim, eventual conflito entre os princípios seria apenas aparente, sendo necessária a análise da legalidade formal em conjunto com outros princípios, que também possuem caráter normativo e cogente, sopesando-se todos eles no caso concreto. Conforme já demonstrado, a celebração do TAC como instrumento consensual alternativo à solução de conflitos na esfera correcional do Poder Executivo Federal, na forma prevista na IN CGU nº 04/2020, ou seja, referente a infrações de menor potencial ofensivo, é capaz de atender, de forma plena, aos princípios da eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e interesse público. Dessa forma, a ausência de previsão legal do TAC na Lei nº 8.112/1990 não tem o condão de afastar a legalidade desse instrumento, diante do conjunto normativo legal e constitucional analisado no presente estudo.

5 CONCLUSÃO

Ao final da pesquisa realizada no presente trabalho, podem-se destacar as seguintes conclusões:

1. O Direito Administrativo passou por importantes variações em seus conceitos e institutos clássicos desde a sua origem, destacando-se as mutações ocorridas com o advento do Estado Democrático de Direito a partir do final do século XX. A Administração Pública, cuja atuação era antes pautada pela verticalidade, hierarquia, imperatividade e unilateralidade, reformula seus mecanismos de gestão, agora caracterizados pela horizontalidade com o particular, maior participação dos administrados, eficiência e consensualidade.

2. Essa nova atuação administrativa gerencial tem como um dos seus instrumentos de consensualidade o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Este pode ser entendido, na seara administrativa, como um acordo alternativo à imposição de sanção, voltado portanto à solução consensual de conflitos, por meio do qual o administrado assume obrigações, comprometendo-se a ajustar sua conduta de acordo com as exigências legais, evitando ou finalizando um procedimento administrativo sancionador.

3. A possibilidade de celebração do TAC passou a ser prevista na esfera correccional de todo Poder Executivo Federal por meio da IN CGU nº 2, de 30 de maio de 2017. Hoje, o instrumento é regido pela IN CGU nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, que dispõe que o TAC poderá ser celebrado nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, sendo essa considerada a conduta punível com advertência ou suspensão de até 30 dias, nos termos da Lei nº 8.112/1990, ou com penalidade similar prevista em lei ou regulamento interno. Para servidor não ocupante de cargo efetivo ou empregado público o TAC é restrito às infrações puníveis com advertência.

4. A celebração do TAC, alternativamente à instauração ou continuidade de um procedimento administrativo disciplinar, insere-se na competência discricionária da Administração Pública. Pelo próprio conceito de discricionariedade, a escolha deve ser pautada de forma a maximizar o atendimento ao interesse público, não se revelando, portanto, como mera escolha entre punir ou não punir. A autoridade competente deve buscar a solução mais eficiente e que garanta uma adequação e proporção entre a conduta praticada pelo servidor e o meio a ser utilizado para o restabelecimento da legalidade no caso concreto.

5. O agente público, ao celebrar o TAC com a Administração, compromete-se a ajustar sua conduta e a observar os deveres e proibições vigentes na legislação, assumindo obrigações, com o objetivo de restabelecer-se a ordem e a legalidade na seara disciplinar. Em não se verificando o seu cumprimento, não há prejuízo à Administração quanto à sua prerrogativa sancionatória, pois como o TAC suspende a prescrição, fica garantida a atuação da Administração por meio de instauração ou continuidade do procedimento disciplinar em relação à infração objeto do TAC, além de o agente responder, adicionalmente, pela infração decorrente do descumprimento do acordo em si.

6. Diferentemente dos ajustamentos de conduta referentes aos direitos transindividuais, o TAC na esfera correcional do Poder Executivo Federal não possui previsão em lei específica (no caso, a Lei nº 8.112/1990), o que poderia causar questionamentos acerca da legalidade desse instrumento. Observou-se no presente trabalho que parte da doutrina considera o princípio da legalidade como vinculação da atuação administrativa à lei formal, enquanto outra corrente defende uma ampliação desse preceito, no sentido de que a Administração deve obediência ao ordenamento jurídico como um todo, aí incluídos os princípios administrativos.

7. Ainda que seja considerado o princípio da legalidade em sua acepção mais restrita, constatou-se que existe um alicerce normativo legal (não específico para a esfera correcional) que embasa a possibilidade de celebração do TAC. Nesse sentido, tem-se o art. 14 do Decreto-Lei nº 200/1967, o art. 2º, caput e § único, incisos I, VI, VIII e IX da Lei nº 9.784/1999 e o art. 26 da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942). A competência da CGU para regulamentar procedimentos referentes à atividade correcional é indiscutível, conforme dispositivos dos Decretos nº 5.480/2005 e 9.681/2019 e da Portaria CGU nº 3.553/2019 apresentados neste estudo.

8. Ainda que se pudesse defender suposta violação ao princípio da legalidade em seu alcance restrito (vinculação da Administração Pública à lei formal), caberia o seu sopesamento com outros princípios administrativos, como o da razoabilidade, proporcionalidade, interesse público e eficiência, este último também expresso na CF/1988 como de obediência obrigatória por parte da Administração. A análise da legalidade em seu sentido ampliado, por sua vez (no sentido de “juridicidade” ou “bloco da legalidade”), igualmente demandaria, pelo seu próprio conceito, o exame do atendimento a esses outros princípios.

9. A celebração do TAC na esfera disciplinar, nos casos de infração de menor potencial ofensivo, tende a mostrar-se como um meio mais célere, econômico e efetivo (no sentido de atingir o resultado pretendido de forma satisfatória), a depender das peculiaridades do caso concreto, além de reduzir a judicialização, atendendo-se então ao princípio da eficiência. Esta é observada em seu grau máximo quando o TAC é celebrado anteriormente à instauração do procedimento disciplinar respectivo (PAD ou sindicância punitiva).

10. Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade igualmente amparam a celebração do TAC na esfera correcional, conforme diretrizes estabelecidas pela IN CGU nº 4/2020. Ou seja, diante de uma infração de menor potencial ofensivo, o acordo obtido de forma consensual entre Administração e servidor, comprometendo-se este a ajustar sua conduta (e sujeitando-se a penalidades caso descumpra os seus termos), revela-se como uma medida razoável, havendo aí uma compatibilidade racional entre o meio utilizado e o fim almejado pelo Poder Público. Tem-se então um instrumento adequado para proteger o interesse público, obedecendo-se também ao critério da necessidade, ao constituir-se no meio menos gravoso ao servidor (quando comparado com o procedimento disciplinar). Atende-se ainda à proporcionalidade em sentido estrito, pois proporciona benefícios maiores que eventuais malefícios gerados, tanto para o servidor (que não sofre penalidade, mas assume obrigações para ajustar sua conduta), como para a Administração (que, diante de conduta de baixa ofensividade, consegue restabelecer a legalidade com menos custos e de forma mais célere, atendendo então ao interesse público de forma maximizada).

11. O princípio da indisponibilidade do interesse público não deve ser visto como um obstáculo à celebração do TAC, no contexto da consensualidade que caracteriza hoje a atuação administrativa. Parte da doutrina defende que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado está ultrapassado ou deve ao menos ser mitigado, de forma a haver uma ponderação de interesses em determinadas situações, com uma maior interação entre Estado e sociedade. Até mesmo aqueles que negam a desconstrução desse princípio admitem a sua reconstrução, a fim de adaptá-lo à dinâmica social. Hoje o interesse público deve ser visto como múltiplo, e pode caminhar junto com o interesse privado, não sendo com ele incompatível. Assim, o ato consensual, como o TAC, não significa a negociação do interesse público, mas sim pode configurar-se como a própria expressão do mesmo.

12. Eventual entendimento de que a celebração do TAC na esfera correcional do Poder Executivo Federal configuraria ofensa à legalidade somente seria possível admitindo-se esse princípio em sua acepção de vinculação positiva da Administração à lei formal, e ainda assim

considerando-se a Lei nº 8.112/1990 de forma isolada no ordenamento, o que não condiz com as técnicas de interpretação jurídicas mais adequadas. De qualquer modo, esse questionamento restaria superado a partir do sopesamento com os outros princípios analisados que amparam o TAC (e que da mesma forma possuem caráter cogente), no contexto da consensualidade que caracteriza a atuação da Administração Pública atualmente. Essa ponderação torna-se possível a partir da característica dos princípios como mandamentos de otimização, o que permite que cada um deles seja observado na maior medida possível no caso concreto, sendo portanto eventual conflito entre eles apenas aparente.

13. Conclui-se então que a previsão da celebração do TAC na esfera correcional do Poder Executivo Federal, por meio de norma infralegal, não afronta o princípio da legalidade, seja quando analisado em seu sentido de vinculação à lei formal, seja quando relacionado, de forma mais ampla, a outros princípios que regem a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ABREU E SILVA, Marcelo Luís. **O Ônus da prova no processo administrativo sancionador**. 2018. 201 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/21124>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVES, Léo da Silva. Infração disciplinar: o dever de apurar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2042, 2 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12273/infracao-disciplinar-o-dever-de-apurar>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 06 jul. 2020.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 06 jul. 2020.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 06 jul. 2020.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 06 jul. 2020.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 06 jul. 2020.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 06 jul. 2020.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/112529.htm>. Acesso em: 06 jul. 2020.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 06 jul. 2020.

_____. Controladoria-Geral da União. **Instrução Normativa nº 2, de 30 de maio de 2017.** Disponível em: < <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/33687> >. Acesso em: 15 ago. 2020.

_____. Controladoria-Geral da União. **Servidor que praticar infração menos grave poderá assinar termo de ajuste de conduta.** Jul. 2017. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2017/07/servidor-que-praticar-infracao-menos-grave-podera-assinar-termo-de-ajuste-de-conduta>>. Acesso em 15 ago. 2020.

_____. Controladoria-Geral da União. **Governo firma 140 ajustes de conduta com servidores que cometeram infrações leves.** Fev. 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2018/02/governo-firma-140-ajustes-de-conduta-com-servidores-que-cometeram-infracoes-leves> >. Acesso em 15 ago. 2020.

_____. Controladoria-Geral da União. **Portaria nº 3.553, de 12 de novembro de 2019.** Disponível em: <<https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/39523>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

_____. Controladoria-Geral da União. **Instrução Normativa nº 17, de 20 de dezembro de 2019.** Disponível em: < <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/42628>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

_____. Controladoria-Geral da União. **Instrução Normativa nº 4, de 21 de fevereiro de 2020.** Disponível em: < <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/43531>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

_____. Controladoria-Geral da União. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar.** Brasília, set. 2020. Disponível em: <<https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/46777>>. Acesso em: 02 nov. 2020.

_____. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 06 jul. 2020.

_____. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 06 jul. 2020.

_____. Presidência da República. **Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005**. Dispõe sobre o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5480.htm>. Acesso em: 06 jul. 2020.

_____. Presidência da República. **Decreto nº 9.681, de 03 de janeiro de 2019**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Controladoria-Geral da União, remaneja cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9681.htm>. Acesso em: 06 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 253.885/MG**. Relatora: Ministra Elle Gracie. Órgão Julgador: Primeira Turma. Brasília, 04 jun. 2002. DJ, 21 jun. 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258322>. Acesso em 08 nov. 2020.

CARNAES, Mariana. **Compromisso de ajustamento de conduta e eficiência administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CASTRO, Celso. Administração Pública e o Risco da Arbitrariedade. **Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas**, Ano XII, nº 20, p. 117-134, jul/dez 2015. Disponível em: <<http://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/2091>>. Acesso em: 13 out. 2020.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa: revisitando o tema. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O Direito Administrativo na atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 993-1.014.

CRISTO, Viviane Duarte Couto de; WENDLER, Anne Caroline; BARIQUELLO, Ani Cristina. A discricionariedade nos acordos substitutivos de sanção com a administração pública. **Percurso**, Curitiba, v. 2, n. 21, p. 95-100, 2017. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/2598>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

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

GARCIA, Emerson. Dos princípios regentes da probidade. In: GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 93-186.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a administração pública. **Rev. Direito Adm.**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>>. Acesso em: 04 ago. 2020.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades da atuação do Ministério Público. **Revista de Direito Ambiental**, v. 41, p. 93, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rego. Administração pública consensual e a arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 35/2012, p. 107, out./2012. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/301811/mod_resource/content/0/ADMINISTRACAO%20PABLICA%20CONSENSUAL%20E%20ARBITRAGEM-%20Alexandre%20Luiz%20Moraes%20do%20Rego%20Monteiro.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

MOREIRA, Alinie da Matta. A conveniência e oportunidade aplicada aos compromissos assumidos pela Administração Pública em Termo de Ajustamento de Conduta. **Revista Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 157, mar. 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas Mutações Juspolíticas**. Em memória de Eduardo García de Enterría - jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016, 396 p.

NERY, Ana Luiza. **Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de informação legislativa**, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/552753>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

NÓBREGA, Antonio Carlos Vasconcellos; TABAK, Benjamim Miranda. Custos da Atividade Disciplinar no Poder Executivo Federal. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, Brasília, v. 11, nº 2, p. 212-234, jul-dez. 2017. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/8175/5654>>. Acesso em 18 jun. 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 303-322, jan/dez. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>>. Acesso em: 04 ago. 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**. Estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. 332 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/publico/Dissertacao_Juliana_Bonacorsi_de_Palma.pdf>. Acesso em 18 jun. 2020.

_____. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

SCHOLZE, Victor. A realização de TAC como solução de conflitos no âmbito da Administração Pública. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4631, mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34139>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

SOUSA NETO, Leone Napoleão. **Termo de Ajustamento de Conduta**. Brasília, ago. 2018. Disponível em: <<https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/31029>>. Acesso em: 04 ago. 2020.

SOUZA, Adailton Alves de. O compromisso de ajustamento de conduta como meio alternativo à instauração de processo disciplinar nas hipóteses de irregularidades de menor potencial ofensivo. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 22 nov. 2018. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52425/o-compromisso-de-ajustamento-de-conduta-como-meio-alternativo-a-instauracao-de-processo-disciplinar-nas-hipoteses-de-irregularidades-de-menor-potencial-ofensivo>>. Acesso em: 06 jul. 2020.