

## LOBBY NO ESPAÇO DE PODER DECISÓRIO



### Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Doutor em Ciências Jurídicas Públicas pela Universidade do Minho/Portugal, com área de concentração em Direito Administrativo. Mestrado e Licenciatura em Fundamentos dos Direitos Constitucionais pela Universidade Federal de Alagoas/Brasil. Especialista em Direito Processual pela Faculdade de Direito de Maceió (AL)/Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (RJ)/Brasil. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais/Brasil.

O presente artigo discorre sobre temas de controle externo ligados às questões administrativas, contábeis, financeiras e orçamentárias das ações públicas em prol do atendimento dos anseios da sociedade, dando ênfase, em linhas gerais, ao fenômeno do governo representado por uma pequena elite que manipula o Estado em benefício de interesses próprios; às práticas de *lobby* exercidas por grupos organizados com o objetivo de influenciar os espaços decisórios do Poder Público; o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o exame do ato doloso de improbidade administrativa nos processos perante as cortes de contas; e o item dedicado ao estudo da mudança evolutiva do ordenamento jurídico brasileiro em aproximação do sistema jurídico da *common law*, principalmente nas decisões do Excelso Pretório. Serão examinadas também a estrutura e a composição das cortes especializadas nas análises de contas dos jurisdicionados.

### ASPECTOS POLÍTICOS E SOCIAIS DECORRENTES DA CONCENTRAÇÃO DE PODER

Ao longo da história do Brasil, constata-se a preponderância de um pequeno grupo de pessoas no poder com a finalidade de determinar os destinos da nação. Tal perfil identifica-se como oligarquia ou controle do governo por poucos a serviço de seus próprios interesses. Essa particularidade leva a uma espécie de aparelhamento político que afasta os cidadãos, além de gerar a falta de comprometimento com os anseios da sociedade. Em síntese, é a tomada de controle de órgãos ou setores da administração pública por representantes de grupos de interesses corporativos ou partidários.

Tem-se, assim, a concentração do poder de comando em um mesmo partido político, ou mesma família, grupo econômico ou corporação, fazendo escolhas que reforçam seus privilégios e afetam os interesses coletivos. Esse fato remonta à época da colonização do país, ainda em 1530, quando o território foi dividido em capitâneas hereditárias sob o domínio de capitães-mores (donatários) e seus descendentes, que podiam explorar economicamente a região, ao mesmo tempo que se tornavam responsáveis pela construção de fortalezas, igrejas, fundação de vilas, cobrança de tributos e proteção do território, de forma bem similar aos feudos medievais. Faz-se necessário pontuar que os donatários eram fidalgos leais ao rei de Portugal e componentes da alta aristocracia. Posteriormente, em 1821, foram instituídas as províncias, como unidade político-administrativa, cujos representantes constituíam uma elite política ou pequeno grupo de políticos ativos. À vista disso, consolidou-se, assim, a oligarquia, governo de poucos em comunhão de interesses, vantagens e laços sanguíneos, o que, no entanto, perdurou no espírito da sociedade brasileira mesmo

após o Governo Provisório da Nova República de 1889, quando as províncias foram transformadas em estados da federação, até os dias atuais.

É bem verdade que, após a redemocratização política do país, em 1988, os cidadãos passaram a eleger seus representantes nos poderes Executivo e Legislativo, porém, ainda perdura a influência de regras e tradições que concentravam o poder nas mãos de poucas pessoas ou famílias, segundo os interesses predominantes no momento.

A esse respeito, o cenário hodierno é marcado por constantes mudanças políticas, econômicas, sociais e tecnológicas, no qual o “governo de poucos” continua encontrando formas estratégicas de manter ou expandir os seus privilégios em pleno século XXI, como no caso de fraudes eleitorais, leis aprovadas em benefício próprio, controle dos meios de comunicação, distorção dos processos democráticos em plataformas sociais, entre outros, o que, por conseguinte, acaba por promover conflitos, produzir ineficiências, gerar atritos e facilitar a ocorrência de casos de corrupção.

Outrossim, a manutenção dos mandatos nos poderes constituídos no Brasil pós-Constituição de 1988 desaguou na ideia de “governo de coalizão”, aliança política, coligação, na qual os chefes de poderes se imbricam por meio de concessões mútuas, que descambam – às vezes – à margem do interesse público relevante que deveriam promover e tutelar. Sob outra perspectiva, sem essa concessão mútua em sede de governança, haveria o entrave na execução de mecanismos indispensáveis ao bom e eficiente funcionamento da máquina pública. De certa maneira, essa “exigência” de funcionalidade dos governos comina na retroalimentação do sistema político em si, criando um ciclo de manutenção do poder político nas mãos de poucos, de forma repetida e reiterada, de modo a não permitir a renovação necessária da alternância de mandatos políticos, a criar uma “casta” inalterada, remontando às antigas “castas do poder”.

Todos esses fatores contribuem para manter a concentração de poder nas mãos das classes governantes que dirigem a nação, em defesa de suas bandeiras políticas, causas e ideais, na maior parte das vezes de forma distante das soluções justas e democráticas. A meu pensar, é necessário que os recursos estatais estejam acima dos interesses particulares de quem assumiu o poder, com a finalidade de serem utilizados para os fins do Estado, a serviço de políticas públicas que atendam de forma eficiente toda a população.

## **PRÁTICAS DE LOBBY LEGÍTIMAS**

O *lobby*, legítimo é uma atividade exercida dentro da lei e da ética por grupos civis ou profissionais, de forma organizada, fazendo chegar ao poder público as exigências e pleitos da sociedade, em uma espécie de recepção de correntes de opinião diversas.

A atuação dos lobistas como grupo de pressão para informar e defender interesses junto ao Legislativo e Executivo constitui importante ferramenta para o funcionamento da democracia, na medida em que podem fiscalizar, colaborar e apresentar demandas aos governantes e parlamentares. Nesse caso, o exercício da atividade de *lobby* pode auxiliar os poderes constituídos na tarefa de atenderem às necessidades da sociedade de forma ampla.

Em contrapartida, as práticas de *lobby* ilegítimas são aquelas que se convertem em corrupção, como quando o indivíduo desenvolve atividades com intuito de buscar vantagens indevidas. Tais práticas, por conseguinte, são passíveis de penalização pelos tribunais de contas. O *lobby* ilegítimo seria então a presença de um grupo de indivíduos que se contrapõem aos interesses dos outros cidadãos. Em outros termos, o conflito de interesses surge da busca de vantagens privadas no âmbito da administração pública, quando o objeto do *lobby* tiver por escopo a ausência de contemplação do interesse público à sociedade.

O descumprimento da chamada “terceira virtude da administração pública”, que é a integridade, identifica o atributo intangível e a linha tênue divisória da legitimidade e ilegitimidade no patrocínio de interesses no âmbito estatal, devendo ser rechaçado pelos tribunais de contas, seja no exercício do controle externo (por meio de processos) em face de seus jurisdicionados, seja no exercício de suas próprias atribuições internas institucionais (por meio de procedimentos).

Isto posto, é fundamental que haja transparência e isonomia na atividade de *lobby*, com todos os dados disponibilizados ao público em sítio eletrônico oficial, por meio de documentos ou gravações em formato de vídeo ou áudio, contendo o registro das interações entre os representantes de interesses privados da coletividade e o agente tomador de decisão; divulgação dos nomes das pessoas, setor de atuação e com quem entraram em contato, bem como as despesas efetuadas na atividade e a forma como cada sugestão foi levada em consideração; entre outras informações relevantes.

Também devem ser destacadas certas restrições, como a vedação ao recebimento de presentes e/ou hospitalidades pelo tomador de decisão de políticas públicas, além de não ser utilizada, em hipótese alguma, a atividade de *lobby* para financiamento de campanhas eleitorais.

Destarte, a representação de interesses perante o poder público, mediante contatos lobísticos, deve observar os parâmetros de legitimidade e transparência, para o desenvolvimento econômico-social.

## **ANÁLISE DA EXISTÊNCIA DE DOLO OU CULPA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

O Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão prolatada no julgamento do Recurso Extraordinário 636.886-AL, assentou o entendimento de que não se deve perquirir dolo decorrente de improbidade administrativa, ou mesmo culpa, nos processos perante os tribunais de contas, uma vez que essas cortes especializadas não julgam pessoas, apenas realizam exame técnico das contas.

Não obstante, a meu pensar, no exercício da atividade-fim do Tribunal de Contas sempre estará presente o exame da regularidade ou não de condutas praticadas por pessoas no trato com a coisa pública. A esse respeito, convém ponderar que o julgamento das contas não se resume a um exame objetivo e automatizado de operações aritméticas, balanços, relatórios e demonstrativos, mas envolve a análise dos atos de gestão de forma ampla, em seus diversos aspectos, inclusive *rent seeking*, entendido como o ganho privado sem contrapartida para a sociedade, por intermédio de *lobby* ilegítimo e corrupção, o que deve ser analisado pela instância controladora, podendo levar a determinações de ressarcimento ao erário e aplicação de multa, entre outras providências.

Além disso, são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, conforme Tema 897 do próprio Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, a análise da existência de dolo nos casos submetidos à apreciação das cortes de contas torna-se necessária para fins de aplicação ou não da prescrição da pretensão ressarcitória.

Para essa verificação, não se exige o dolo específico, sendo suficiente a demonstração de dolo genérico, ou seja, a simples vontade consciente de aderir à conduta.

Desse modo, acredito que o elemento subjetivo da conduta (dolo ou culpa) pode ser identificado pelos tribunais de contas em um devido processo legal, por meio de provas materiais e técnicas, por exemplo, no caso de omissão de prestar contas, entre outras, para fins de caracterização da inexistência da prescrição da pretensão ressarcitória, mote de agir de suas atribuições, sem haver declaração expressa da prática de ato de improbidade administrativa (privativa do Poder Judiciário em ação própria).

Assim sendo, compreendo que os tribunais de contas não aferem culpa ou dolo exclusivamente para fins de caracterização de atos de improbidade administrativa, em razão da previsão nas respectivas leis orgânicas de meios de defesa sem a mesma profundidade ou mais restritos, em tese, do que os utilizados no âmbito do processo judicial. Não obstante isso, se houver indícios de crime ou da prática de ato de improbidade administrativa, deve ser remetida cópia da documentação pertinente ao Ministério Público comum para ajuizamento das ações cabíveis. Entendimento diverso significaria incorrer numa concepção reducionista a respeito da atividade de controle externo.

Na mesma linha de raciocínio, destaco o entendimento da Corte Maior no Tema 899, no sentido de ser prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas, o que, a meu ver, não impede o exercício do controle externo propriamente dito. A questão é objeto de discussão, havendo orientação do Tribunal de Contas da União, no sentido de que a decisão da Suprema Corte não tratou do exercício do controle externo, mas sim da prescrição intercorrente ocorrida durante a fase de execução dos acórdãos condenatórios emanados daquela corte especializada. Ainda de acordo com o Tribunal de Contas da União, prevalece a pretensão imprescritível se o agente público tiver agido com dolo em ato de improbidade administrativa. De qualquer forma, mesmo nos casos de prescrição, entendo serem cabíveis a adoção de determinações, recomendações ou outras medidas destinadas a reorientar a atuação administrativa.

Portanto, entendo ser necessário buscar a eficiência de atuação dos tribunais de contas no Estado Democrático de Direito que vivemos, em prol de um controle externo que atue primordialmente em defesa do real interesse público.

## **VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CENÁRIO NORMATIVO-JURISPRUDENCIAL**

Atualmente, ocorre uma crescente utilização da jurisprudência na aplicação do direito, especialmente no âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal, com base em uma interpretação principiológica da Constituição da República.

O sistema romano-germânico da *civil law*, em que se privilegia a norma em si ou a regra de direito geral e abstrata, vem sendo gradativamente superado no ordenamento pátrio, com uma crescente aproximação do sistema jurídico da *common law*, no qual prevalece a decisão dos juízes em casos semelhantes.

É sabido que no sistema da *civil law* (adotado por países da Europa Continental), o jurista deve interpretar a lei, para fins de sua aplicação no caso concreto, de forma que toda decisão terá como ponto de partida o próprio texto legal. Em outras palavras, nesse sistema jurídico, o juiz não está criando outra regra, mas apenas trazendo sua aplicação à situação sob exame, de modo que o julgado não vincula os posteriores.

Por sua vez, no sistema da *common law* (utilizado na Inglaterra e nos Estados Unidos), o jurista se baseia nas decisões já existentes em casos semelhantes, em uma clara observância dos precedentes, sendo a jurisprudência equiparada à lei.

Nesse contexto, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) adota o sistema romanista, ao estabelecer que o juiz só poderá julgar com base nos costumes e princípios gerais do direito no caso de omissão da lei. No entanto, com o passar do tempo e a evolução do sistema jurídico, a aplicação de costumes e princípios não mais depende de omissão da norma, chegando até mesmo a prevalecer sobre esta. Torna-se comum o reconhecimento de direitos amparados nos princípios previstos na Constituição da República, na forma reconhecida em decisão judicial, com nítida aproximação do

sistema anglo-saxônico. Várias decisões do Supremo Tribunal Federal têm seguido esse parâmetro e moldado as diretrizes de diversas questões relevantes à sociedade atual.

Essa conjuntura acaba por representar certa concentração de poderes na esfera de decidibilidade da Suprema Corte, como intérprete maior da Constituição. É uma espécie de fechamento do círculo de intérpretes da Constituição, levando a uma eficácia expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal. De todo modo, acredito que tal fato não representa necessariamente um retrocesso institucional em desfavor dos órgãos de controle externo em si.

Como visto, o que se observa é um movimento normativo-jurisprudencial, com o auxílio de um sistema de superação de precedentes pela Suprema Corte, lastrado no modelo anglo-saxônico (*common law*), em que valores abstratos (principiológicos) se tornam fundamentais, além de motivação para desconstituir ou revisitar institutos jurídicos sedimentados há anos. Não se pode olvidar que o direito não é um museu de princípios, mas, por outro lado, a hermenêutica constitucional não pode ser usada como retórica para abalar a segurança jurídica de institutos jurídicos postos há anos sob fundamento do modelo romano-germânico (*civil law*).

Nesse debate em torno da estrutura da jurisdição constitucional brasileira, entendo ser primordial buscar uma solução eficaz nesse momento de grandes mudanças, procurando sempre a melhor relação entre atos, condutas, leis e tratados internacionais em face dos princípios expressos na Magna Carta.

## **ESTRUTURA E COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

A Constituição da República de 1988 estabeleceu a competência do Tribunal de Contas da União e dos tribunais de contas dos estados para a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos atos administrativos dos governos federal, estadual e municipal.

Cumprir registrar que as decisões desses tribunais especializados geram efeitos de grande importância e relevância social, tais como o ressarcimento de danos causados ao erário, a aplicação de multas por irregularidades constatadas na gestão de recursos públicos, a declaração de inidoneidade de empresas para contratar com a administração, o registro de aposentadorias e pensões, a anulação de atos de admissão, entre outros.

Ademais, as cortes de contas possuem autonomia administrativa e financeira, sendo os seus ministros e conselheiros equiparados por simetria aos ministros do Superior Tribunal de Justiça e desembargadores do Tribunal de Justiça, respectivamente, contando, ainda, em sua estrutura com conselheiros substitutos, procuradores do Ministério Público e corpo técnico qualificado.

Nessa acepção, também faço referência à composição predominantemente política dos tribunais de contas. Tradicionalmente, os ministros e conselheiros são escolhidos pelo Poder Legislativo e pelo Chefe do Executivo, conforme requisitos e critérios técnicos para desempenhar o cargo dispostos na Constituição da República e Constituições estaduais.

Nesse ponto, destacam-se, como requisitos, a restrição de idade exigida; a idoneidade moral e reputação ilibada; os notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; o tempo de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos em referência; e a nacionalidade brasileira.

Constata-se que os requisitos e conhecimentos exigidos guardam afinidade com as competências dos tribunais de contas, voltadas para o controle da administração pública no cumprimento das normas financeiras e orçamentárias.

Existem, contudo, questionamentos sobre a não utilização da regra do concurso público – prevista no art. 37, inciso XI, da Constituição da República – como critério único para seleção e nomeação de membros dos tribunais de contas. De fato, a abertura de concurso público é um meio idôneo e igualitário, amplamente democrático, para o preenchimento de cargos, empregos e funções na esfera administrativa. Todavia, não vejo a indicação política como um óbice na lisura dos resultados esperados para o exercício desse relevante múnus público perante os tribunais de contas. Insta salientar que a experiência política, o tempo mínimo do cargo público e o notório saber especializado também contam para demonstrar a aptidão no desempenho da função, sendo fatores preponderantes e indispensáveis para declaração da capacidade do indicado ao cargo vitalício de ministro ou conselheiro.

Além disso, friso que parte do colegiado é composto por conselheiros oriundos dos quadros de procuradores do Ministério Público de Contas e de conselheiros substitutos, servidores de carreira que ingressaram nos respectivos cargos por concurso público.

Por sua vez, também permanece o controle social e do Ministério Público sobre as nomeações.

Em suma, é primordial que o sistema político de indicação, sabatina e nomeação seja aprimorado, mais rígido e transparente, para uma elevação da aferição do atendimento dos requisitos mínimos ao exercício do cargo.

Esse processo de melhor escolha deve indicar requisitos mínimos de qualidade pessoal para a investidura, com maior rigor na aferição de qualificação para o exercício de cargo de tamanha envergadura e responsabilidade, a fim de ultrapassar definitivamente a antiga ideia de Getúlio Vargas no Estado Novo: “os tribunais de contas são órgãos de arquivamento de amigos”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões tratadas neste artigo são de fundamental relevância para o funcionamento ágil e com respostas qualificadas do órgão de controle externo dotado de competência para a fiscalização do orçamento e de toda a atividade financeira do Estado, bem como das respectivas despesas levadas a efeito na gestão dos recursos disponíveis, alcançando a eficácia de resultados em termos de bens e serviços.

De certo, a prática do *lobby* nos espaços de poder decisório da administração pública precisa restar regulamentada por lei, para que se definam traços claros dos legítimos instrumentos de pressão de classes e instituições, afastando-se a opacidade e a linha tênue das hipóteses de *lobby* ilegítimo ou ilegal, deveras pernicioso ao interesse público.