

CONTROLE EM FOCO

REVISTA DO MPC-MG

Belo Horizonte | v. 3 | n. 5 | jan./jun. 2023





FOTO DA CAPA

Santuário da Piedade: um pedacinho do céu em Minas Gerais

O Santuário Basílica Nossa Senhora da Piedade, localizado a 48 quilômetros da capital mineira e a 16 quilômetros do município de Caeté, é guardião de um cenário de rara e rica beleza natural, no alto da montanha, a 1.746 metros de altitude. Tombado em todas as instâncias, municipal, estadual (pelo Instituto estadual do Patrimônio Histórico e Artístico – Iepha) e federal (pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan), o local conduz à reflexão, à oração e ao encontro com o Criador em um ambiente de paz, natureza e preservação.

Casa da Mãe Piedade, padroeira de Minas Gerais, o Santuário abriga a menor basílica do mundo. Entre as preciosidades reunidas em seu interior, está a venerada imagem de Nossa Senhora da Piedade. De rara beleza, esculpida em madeira, é uma das primeiras obras-primas atribuídas ao Mestre Aleijadinho, datada do século 18.

Há 250 anos, o Santuário de Nossa Senhora da Piedade é o destino de peregrinos e fiéis, tendo sido reconhecido pelo Governo do Estado de Minas Gerais como de *especial relevância para o turismo*. Inserido em área de preservação, o Santuário atrai turistas de Minas e do mundo. Entre as atividades, é possível experimentar um caminho de pouco mais de cinco quilômetros de peregrinação, a pé ou de *bike*, com paradas para meditação, uma subida que conduz ao ponto mais alto do Santuário chegando à Basílica da Padroeira.

O Santuário também está inserido em uma modalidade de viagens que cresce em todo o mundo e também no Brasil, o chamado turismo lento ou *slow tourism*. A tendência emergente valoriza a sustentabilidade e a plena valorização da experiência da viagem. Escutar os pássaros e a própria voz do Criador é uma experiência única para quem busca esse contato com a natureza.

Uma história de milagre e fé

No espaço do Santuário da Piedade, estão reunidos o patrimônio artístico, cultural, natural e intangível: a religiosidade. Assim, o ponto de peregrinações atrai visitantes com os mais variados perfis, há mais de dois séculos. Tudo começou quando o fidalgo português Antônio da Silva Bracarena ergueu a primeira capela, em 1767. Desde então, o solo sagrado já atraía visitantes pela sua história, que emocionou o fidalgo: no território sagrado, uma menina surda e muda passou a falar e a ouvir após testemunhar a aparição da Mãe Maria. Daí em diante, a montanha tornou-se ponto de peregrinação e fé.

Mais perto do céu

Chegando ao ponto mais alto do Santuário, em dias claros, o peregrino depara com uma das mais belas vistas das montanhas de Minas. Em dias mais frios e nublados, o espetáculo é ainda mais bonito e é preciso fôlego. Do topo da Serra da Piedade descortina-se uma deslumbrante paisagem do verde das matas que acompanha o subir e descer das montanhas de Minas, de onde se avistam também nove cidades: Belo Horizonte, Caeté, Contagem, Lagoa Santa, Nova União, Raposos, Sabará, Santa Luzia e Vespasiano.

Lugar de paz e devoção, de fauna e flora protegidas, o Santuário guarda também genuína gastronomia, e este é mais um ponto que atrai os fiéis, peregrinos e visitantes. Lá é produzido o queijo Frei Rosário, o primeiro do Brasil maturado em caverna, a 1.746 metros de altitude. Outra curiosidade de cozinha que acolhe os peregrinos nas noites frias é o caldo de banana verde, muito leve e ao mesmo tempo de alto valor nutricional.

O caldo começou a ser produzido no século 18, entre 1704 e 1710, quando Caeté enfrentou o período áureo da fome. As bananas eram cultivadas aos pés do penhasco da Serra da Piedade e salvaram muitos da inanição. Três séculos depois, a tradição permanece: o caldo da banana verde é preparado na cozinha do Santuário e servido aos peregrinos que buscam descanso e leveza para o corpo e a alma.

Os visitantes contam com duas opções de hospedagem no Santuário, a Casa dos Peregrinos Dom Silvério e o Retiro da Piedade, além de restaurantes e toda a estrutura para dias de descanso e reflexão.

Ação social

O Santuário Basílica Nossa Senhora da Piedade está inserido em ações sociais de grande relevância no amparo a crianças, adolescentes e idosos em vulnerabilidade social, por meio da Providens – Ação Social Arquidiocesana.

Autoria:

Assessoria de Comunicação da Arquidiocese de Belo Horizonte



CONTROLE EM FOCO

revista do MPC-MG

CONSELHO EDITORIAL

Antonio Augusto Junho Anastasia

Daniela Mello Coelho Haikal

Denilson Feitoza Pacheco

Edilson Vitorelli Diniz Lima

Élida Graziane Pinto

Elke Andrade Soares de Moura

Jamile Bergamaschine Mata Diz

José Maurício Conti

Juarez Freitas

Luís Carlos Balbino Gambogi

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen

Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Maria Coeli Simões Pires

Maria Tereza Fonseca Dias

Marilda de Paula Silveira

Sebastião Helvecio Ramos de Castro

FICHA CATALOGRÁFICA

Controle em Foco: Revista do MPC-MG.

Ano 3, n. 5 (jan./jun. 2023). Belo Horizonte: Ministério Público de Contas de Minas Gerais, 2023.

Periodicidade semestral (2023).

ISSN Impresso: 2763-6461

Publicação do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais
Av. Raja Gabaglia, 1315, 5º andar - Luxemburgo - Belo Horizonte - Minas Gerais. CEP 30380-435
Telefone: (31)3348-2628 - email: revistampc@mpc.mg.gov.br
Horário de atendimento ao público: 07:00 às 12:00 e 13:00 às 17:00



EDITORIAL

Apresentamos aos profissionais do controle externo e à comunidade acadêmica a 5ª edição da revista **Controle em Foco**, o periódico semestral do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.

A primeira parte da revista, denominada “Artigos de Opinião”, é composta de artigos escritos pelos procuradores do MPC-MG e traz temas atuais e situações práticas vivenciadas pelo controle externo, tais como o controle da política pública de educação pelos tribunais de contas, mais especificamente sobre a universalização da educação infantil; a Lei n. 12.846/2013 e a competência constitucional dos tribunais de contas; os direitos humanos nas deliberações das cortes de contas; o dever de controle de legitimidade das despesas públicas em respeito ao princípio da equidade geracional; a execução de crédito decorrente de multa aplicada pelos tribunais de contas estaduais a agente público municipal (Tema 642 do STF) e o princípio da insignificância e sua aplicação no âmbito do controle externo.

A seção seguinte, “Artigos de Jurisprudência”, constitui-se de artigos que fazem uma análise técnica acerca de entendimentos do Supremo Tribunal Federal, tais como o Tema 899 e suas repercussões nos tribunais de contas, tendo em vista ter modificado a jurisprudência até então firmada quanto à imprescritibilidade da pretensão ressarcitória de dano ao erário, e a ADI 3804-AL, que julgou inconstitucional norma da Constituição de Alagoas que concedia autonomia ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas daquele estado para propor lei complementar sobre sua organização.

Por fim, a terceira seção, destinada aos “Artigos Científicos”, traz importantes reflexões acerca do teletrabalho na administração pública a partir de uma análise do programa de gestão de demandas da Controladoria Geral da União e da adoção do pragmatismo jurídico no direito brasileiro a partir da inclusão do art. 20 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Ainda, a seção traz interessantes artigos sobre a aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos tribunais de contas; sobre a relevância do planejamento na Lei n. 14.133/2021 e também a respeito dos pronunciamentos profissionais da Intosai – Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores.

Esperamos que esta 5ª edição possa servir de instrumento de promoção e disseminação do conhecimento, visando fomentar o debate de questões atuais e relevantes para o aperfeiçoamento institucional, bem como das atividades voltadas ao controle externo da administração pública.

A todos, uma ótima leitura!

Marcílio Barenco Corrêa de Mello
Procurador-Geral do MPC-MG

Cristina Andrade Melo
Procuradora do MPC-MG
Editora da revista “Controle em Foco”

CORPO EDITORIAL

EDITORA

Cristina Andrade Melo

COMISSÃO EDITORIAL

Ana Carolina de Souza e Silva

Maria Tereza Fonseca Dias

REVISÃO

Lílian de Oliveira

COLABORADORES

André Augusto Costa Zocrato

André Luiz de Oliveira Junior

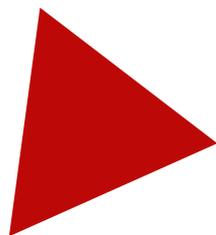
Bruna Gontijo Pellegrino

Lívia Maria Barbosa Salgado

Giovana Almeida

DESIGNER

Vivian de Paula



SUMÁRIO

ARTIGOS DE OPINIÃO

Cristina Andrade Melo

Lugar de criança é no orçamento público | **PÁGINA 10**

Daniel de Carvalho Guimarães

A Lei nº 12.846/2013 e a competência dos tribunais de contas | **PÁGINA 16**

Elke Andrade Soares de Moura

Direitos humanos: Questões reflexivas nas deliberações das cortes de contas | **PÁGINA 23**

Marcílio Barenco Corrêa de Mello

O dever de controle de legitimidade das despesas públicas em respeito ao princípio da equidade intergeracional | **PÁGINA 27**

Maria Cecília Borges

O protesto de título executivo extrajudicial como mecanismo eficaz para execução de crédito decorrente de multa aplicada por tribunal de contas estadual a agente público municipal: Considerações diante do Tema 642 do STF | **PÁGINA 32**

Sara Meinberg Schmidt de Andrade | Diego Felipe Mendes Abreu de Melo

Princípio da insignificância e os tribunais de contas | **PÁGINA 40**

ARTIGOS DE JURISPRUDÊNCIA

Jarbas Soares Júnior | Tema 899 da Repercussão Geral – RE 636.886-RG/AL: As repercussões nos tribunais de contas do reconhecimento pelo STF da prescribibilidade do ressarcimento ao erário | **PÁGINA 46**

José Américo da Costa Júnior | ADI 3804-AL: Uma análise à luz do regime jurídico dos membros do Ministério Público de Contas | **PÁGINA 50**

ARTIGOS CIENTÍFICOS

Carmem Luiza e Silva Nascimento | Programa de gestão de demandas da CGU: Um estudo de caso sobre o teletrabalho na administração pública | **PÁGINA 57**

Dayana Alves Guimarães | Análise sobre a adoção do pragmatismo jurídico no Direito brasileiro por meio da inclusão do art. 20 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro | **PÁGINA 70**

Letícia Carvalho Coelho Pinheiro Brandão | Aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos tribunais de contas: Uma breve análise doutrinária e jurisprudencial | **PÁGINA 95**

Licurgo Mourão | **Silvia Motta Piancastelli** | A relevância do planejamento na Lei nº 14.133/2021 | **PÁGINA 119**

Sebastião Helvecio Ramos de Castro | **Renata Ramos de Castro** | Estrutura de pronunciamentos profissionais da Intosai e não coisas: reviravoltas no embasamento da atuação do controle externo | **PÁGINA 132**

Artigos de opinião

LUGAR DE CRIANÇA É NO ORÇAMENTO PÚBLICO



Cristina Andrade Melo

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.
Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG. Diretora-tesoureira da
Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON).
Editora-chefe da Revista *Controle em Foco*, do MPC-MG.

A frase que intitula o presente artigo é sempre mencionada pelo conselheiro Cezar Miola, do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul,¹ com o intuito de chamar a atenção para o controle e a fiscalização da política pública de educação pelos tribunais de contas, muito além do controle formal-matemático tradicionalmente exercido por essas cortes.

A Constituição da República de 1988, desde a origem, prevê a educação como um direito fundamental dos cidadãos e dever do Estado e da família. Com as alterações promovidas por emendas constitucionais ao longo dos anos, percebe-se um contínuo processo de aquisição evolutiva na tutela estatal do direito fundamental à educação. A educação básica (dos 4 aos 17 anos de idade), que inclui a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, é obrigatória e gratuita, devendo ter sido implementada progressivamente, até 2016, nos termos do Plano Nacional de Educação (PNE), com apoio técnico e financeiro da União. Ou seja, todas as crianças com idade entre 4 e 17 anos, sem prejuízo dos que não tiveram acesso à escola na idade adequada, têm o direito à educação gratuita assegurado na Constituição da República.

No âmbito normativo, portanto, o direito à educação está plenamente assegurado. Contudo, no plano da realidade, há muito o que se avançar quando o assunto é educação em nosso país, tanto em acesso e universalização quanto em qualidade de aprendizagem.

Neste breve artigo, pretende-se lançar luzes sobre a universalização da educação infantil e a possibilidade de controle pelos tribunais de contas no bojo dos processos de prestação de contas de governo do chefe do Executivo.

O art. 208, inciso IV, da Constituição da República, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 53/2006, enuncia que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 anos de idade. Significa dizer que a Constituição garante a toda criança brasileira o direito público subjetivo à educação infantil.

Por sua vez, o art. 208, inciso I, da CR/88, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 59/2009, tornou a educação básica obrigatória a partir dos 4 anos de idade, ou seja, a partir da pré-escola: “I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria”.

¹ A título de exemplo, veja-se: <https://tcero.tc.br/2017/03/21/desafios-na-area-educacional-sao-enfocados-pelo-vice-presidente-do-irb-durante-o-seminario-abrindo-as-contas/>. Acesso em: 14 de março de 2023.

A Emenda Constitucional nº 59 remonta ao ano de 2009, mas inseriu uma obrigação constitucional de fazer com prazo de cumprimento progressivo, isto é, a universalização do acesso de todas as crianças de 4 e 5 anos na pré-escola deveria ser implementada até 2016. De acordo com o seu art. 6º, “O disposto no inciso I do art. 208 da Constituição Federal deverá ser implementado progressivamente, até 2016, nos termos do Plano Nacional de Educação, com apoio técnico e financeiro da União”.

Percebe-se na Constituição da República, com as alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 53/2006 e 59/2009, na parte destinada à educação, um contínuo processo de aquisição evolutiva, especialmente na educação infantil, agora incorporada à educação básica.

Foi nesse contexto normativo-constitucional que o Plano Nacional de Educação² previu, em sua meta 1, a necessidade de “universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE”.

A evolução da percepção da educação infantil de mero assistencialismo para direito subjetivo está em sintonia com os estudos científicos que comprovam os inúmeros benefícios da educação infantil e vêm atestando a importância da educação das crianças tanto para os processos de escolarização – pois as crianças que recebem mais estímulos cognitivos até os 4 anos de vida possuem melhores condições de aprendizado nas etapas seguintes – como para o processo de formação dos indivíduos numa perspectiva mais global. James Heckman, economista ganhador do Prêmio Nobel, destaca-se pelos estudos que avaliam a eficácia de programas sociais voltados para a primeira infância. Segundo ele, países que não investem na primeira infância apresentam índices de criminalidade mais elevados, maiores taxas de gravidez na adolescência e de evasão do ensino médio, até níveis menores de produtividade no mercado de trabalho. O economista fez as contas e descobriu que “cada dólar gasto com uma criança pequena trará um retorno anual de mais 14 centavos durante toda a sua vida. É um dos melhores investimentos que se podem fazer – melhor, mais eficiente e seguro do que apostar no mercado de ações americano”³.

Não obstante o arcabouço normativo e a comprovação científica dos benefícios da educação infantil para o desenvolvimento humano, um estudo realizado pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon) apurou que 1.494 municípios destinaram recursos aos níveis médio ou superior entre 2019 e 2020, apesar de não terem assegurado a meta 1 do Plano Nacional de Educação. Significa dizer que 27% dos municípios brasileiros (localizados em 25 unidades da federação) não cumpriram (parcial ou integralmente) a meta 1 do PNE nos anos de 2019 e 2020 e, mesmo assim, aplicaram recursos em níveis de ensino não prioritários.

Analisando os preocupantes dados, o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Contas (CNPGC) afirmou em ofício direcionado a todos os órgãos ministeriais do país: “Na prática, o desrespeito ao art. 211, § 2º, da CF/1988 e ao art. 11, inciso V, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional evidencia que não é por falta de recursos que percentual ainda significativo de Municípios estava em rota de descumprimento da meta 1a do PNE no período analisado”, mas, sim, segundo o documento, a falta de planejamento e deliberado desrespeito à necessidade de alocação prioritária exigida tanto pela Constituição quanto pela Lei de Diretrizes e Bases (LDB).

2 O Plano Nacional de Educação (Lei federal nº 13.005/2014), de duração decenal, estabelece dez diretrizes, vinte metas e, para cada uma delas, estabelece estratégias para o alcance da meta específica, com a tônica própria do plano, o regime de colaboração entre os entes federativos para alcance dos resultados.

3 WEINBERG, Monica. James Heckman e a importância da educação infantil. *Revista Veja*, edição n. 2549, 22 set. 2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/revista-veja/james-heckman-nobel-desafios-primeira-infancia/>. Acesso em: 18 de março de 2023.

Passados mais de seis anos do prazo final fixado pela Constituição, não se pode mais tolerar que entes municipais, responsáveis pela educação básica infantil por força do art. 211, § 2º da CR/88, continuem descumprindo um direito fundamental básico das crianças na primeira infância, em franco desrespeito ao art. 208, inciso I, da CR/88 c/c art. 6º da EC nº 59/2009, normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata.

Os dispositivos constitucionais mencionados representam fator de limitação da discricionariedade política-administrativa dos entes municipais. Significa dizer que a oferta de educação pública, especialmente a educação infantil, não se submete a juízo simples de conveniência e mera oportunidade, sob pena de comprometimento de maneira irreversível da eficácia desse direito fundamental.

É evidente, pois, a absoluta prioridade estabelecida no texto constitucional à política pública de educação, de modo que o planejamento orçamentário deve assegurar o cumprimento do direito por meio de dotações específicas.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.008.166, reafirmou sua jurisprudência e fixou a seguinte tese no Tema 548 da Repercussão Geral:

1. A educação básica em todas as suas fases – educação infantil, ensino fundamental e ensino médio – constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.

Como a educação se insere no rol dos direitos sociais previstos na Constituição da República, denominados direitos de segunda geração ou dimensão, reclama uma prestação positiva por parte do poder público para garantir a sua fruição pelos cidadãos, isto é, uma política pública robusta de financiamento para assegurar a efetividade. Nesse sentido, o art. 10 do PNE traz os instrumentos orçamentários para a materialização do direito à educação: “O plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão formulados de maneira a assegurar a consignação de dotações orçamentárias compatíveis com as diretrizes, metas e estratégias deste PNE e com os respectivos planos de educação, a fim de viabilizar sua plena execução”.

Os tribunais de contas são órgãos com vocação constitucional para controle dos orçamentos, nos aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70, CR/88). Além disso, há expressa previsão legal no sentido de competir aos tribunais de contas a fiscalização e o controle dos recursos vinculados da educação (art. 30 da Lei nº 14.113/2020, que regulamenta o Fundeb).

No exercício de suas competências constitucionais e legais, muitas cortes de contas do país vêm envidando esforços para a indução dos entes municipais na melhoria da política pública educacional, mormente no cumprimento do Plano Nacional de Educação e suas metas.

Inicialmente, inspirado nas recomendações de fiscalização elaboradas por grupo de trabalho criado pela Atricon e Instituto Rui Barbosa (IRB), por meio da Portaria Conjunta nº 01/2016⁴, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais lançou, no primeiro semestre do ano de 2017, o projeto “Na Ponta

4 Grupo de trabalho criado com o objetivo de propor medidas para implementação das diretrizes traçadas na Resolução Atricon nº 3/2015 e avaliar a qualidade do gasto e a execução dos planos de educação em todo o país. De acordo com o relatório final apresentado pelo Grupo de Trabalho Atricon/IRB, “para garantir maior efetividade às decisões dos Tribunais de Contas, com a possibilidade de impor multa pelo não atendimento às suas determinações quanto ao tema da educação, torna-se imprescindível incluir o não atingimento às Metas do PNE como ocorrência passível de ensejar a emissão de juízo pela desaprovação das contas”.

do Lápis”, amplamente divulgado em todo o estado, reunindo diversas ações fiscalizatórias sobre os recursos públicos empregados na educação, especialmente aqueles empregados na execução dos planos municipais/estadual de educação.

Muito além do controle contábil-matemático, a Corte de Contas pretendia, com o projeto de fiscalização “Na Ponta do Lápis”, fiscalizar a qualidade do gasto na educação, por meio de diversas ações, como recomendações, orientações, levantamento de dados, auditorias de conformidade, auditorias operacionais, encontros técnicos em cidades do interior, prioridade nos processos que envolvam a temática, etc. Em outras palavras, buscar qualificar o gasto educacional.

A partir da Ordem de Serviço Conjunta nº 01/2018, que estabeleceu o escopo das prestações de contas de governo do exercício de 2017 (entre eles, o cumprimento do percentual mínimo em manutenção e desenvolvimento do ensino previsto no *caput* do art. 212 da CR/88), a Corte de Contas mineira passou a acompanhar de perto o cumprimento das metas 1 e 18 do PNE e expedir recomendações aos municípios nesse sentido. Desde então, a mesma sistemática vem sendo adotada na emissão de parecer prévio das contas de governo, ano após ano. Em muitos casos, contudo, o Tribunal de Contas acompanha o “descumprimento” das metas, uma vez que as recomendações são ignoradas pelos gestores porque desprovidas de força coercitiva.

Por essa razão, é preciso que o controle externo avance em sua atuação para passar a considerar o cumprimento da meta 1-A do PNE como fator determinante para emissão de parecer prévio pela aprovação das contas de governo, dado, repita-se, o decurso de mais de seis anos para cumprimento de uma obrigação absolutamente prioritária no contexto da sociedade brasileira.

Por isso, defende-se que o dever de gasto mínimo em educação não se resume a aplicar formalmente os percentuais da receita de impostos e transferências previstos no *caput* do art. 212 da CR/88, devendo-se, na forma do § 3º do citado dispositivo constitucional, igualmente assegurar a prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere à universalização, à garantia do padrão de qualidade e à equidade, nos termos do Plano Nacional de Educação, previsto no art. 214 da Constituição.

Sobre o tema, é preciso destacar que o art. 70 do texto constitucional estabeleceu parâmetros de controle para o exercício da atividade de controle externo, quais sejam, legalidade, legitimidade e economicidade.⁵ Ora, como considerar legítimo um gasto com manutenção e desenvolvimento do ensino se ele não atendeu a parte substantiva do comando constitucional, que obriga os entes municipais a universalizar a educação infantil, prioridade de qualquer sociedade que se pretenda desenvolvida ou em desenvolvimento?

Neste ponto, Ricardo Schneider Rodrigues⁶ destaca que tanto a doutrina nacional como internacional assinalam a importância da observação desses parâmetros de controle na apreciação das contas de governo e de gestão, especialmente a legitimidade e economicidade dos gastos.

5 Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

6 RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os tribunais de contas e o mínimo em educação fundamentos para uma atuação forte*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 322-325, 330.

Obviamente que, constatando o órgão técnico o descumprimento da meta 1-A, e este fazendo parte do escopo de análise das prestações de contas anuais, o gestor deverá ser citado para apresentar suas justificativas, que devem ser controladas também pelo crivo da legitimidade e economicidade pelo tribunal de contas. Mais uma vez, o mencionado autor faz importantes reflexões:⁷

De forma concreta, é possível desenvolver alguns exemplos relacionados ao mínimo existencial em educação, para demonstrar as possibilidades de um juízo de legitimidade e de economicidade pelos Tribunais de Contas em relação à competência de julgamento.

Há parâmetros objetivos estipulados no Plano Nacional de Educação, relacionados ao acesso à *educação básica*, que, como visto, integram o mínimo existencial em educação. A Meta 1 estabelece que, até 2016, deveria estar universalizado o acesso à educação infantil na pré-escola para crianças de quatro a cinco anos. Dados apresentados no início deste trabalho apontam para o não cumprimento dessa meta em diversos Municípios brasileiros. O PNE, por sua vez, estabelece o dever de consignar, nas normas orçamentárias (PPA, LDO e LOA) dos respectivos entes da federação, dotações orçamentárias compatíveis com as diretrizes, metas e estratégias do PNE, viabilizando sua *plena* execução (art. 10, PNE). A Constituição estabelece competir aos Municípios a atuação prioritária na educação infantil e no ensino fundamental (art. 211, §3º, CR)

Neste cenário, após ouvir o gestor, sendo-lhe facultada a possibilidade de justificar eventual *descumprimento* da referida meta, ou até a *regressão* dos indicadores de acesso na referida etapa de ensino na respectiva localidade, e levando em consideração seus argumentos, não competiria aos Tribunais de Contas, no exercício de suas competências de julgamento (e emissão de parecer prévio), avaliar, ao final, a *legitimidade* das escolhas orçamentárias e financeiras levadas ao cabo? Seria, de plano, inconstitucional utilizar o parâmetro de legitimidade no controle das escolhas públicas diretamente relacionadas com a concreção do mínimo existencial em educação, em procedimento pautado pela ampla defesa e contraditório, a partir de dados técnicos e objetivos que sigam as novas exigências impostas pela LINDB? Não se pode afirmar, a partir da Constituição e da legislação correlata, existir um grau de vinculação expressivo em favor de escolhas relacionadas ao mínimo existencial em educação, se comparada com outras espécies de despesas, tais como aquelas dedicadas aos festejos momescos ou juninos ou, ainda, com a publicidade institucional meramente laudatória da gestão pública?

Destarte, a Constituição da República deve ser interpretada sistematicamente, pois o próprio texto constitucional identifica expressamente o conteúdo material do percentual mínimo a ser destinado às atividades de manutenção e desenvolvimento do ensino a partir das obrigações de fazer contidas nos princípios do art. 206, nas garantias do art. 208 e no art. 214, que prevê a elaboração do Plano Nacional de Educação (atualmente Lei Federal nº 13.005/2014) e repete o objetivo de universalização do atendimento escolar.

Conclui-se que a análise do cumprimento do art. 212 da CR/88 deve considerar não somente o aspecto quantitativo (percentual mínimo), mas, também, o qualitativo (cumprimento das mencionadas obrigações de fazer, das quais se destaca a universalização da educação infantil).

Não se pode esquecer que a própria Constituição da República prevê a responsabilização da autoridade competente pelo não oferecimento do ensino obrigatório, como é o caso da educação infantil para crianças de 4 e 5 anos, norma constitucional de eficácia plena, com aplicabilidade imediata. Veja-se: “§2º: O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”.

⁷ *Ibidem*, p. 331-333.

Por fim, o conselheiro do TCM-GO Fabrício Motta faz importante provocação em artigo publicado no jornal *Estadão* sob o título “O que podemos fazer pela educação?”, em que analisa estudo que concluiu que o Brasil perde dois pontos percentuais no Produto Interno Bruto (PIB) pela má qualidade da educação. Em suas palavras:

Esse cenário foi bem apresentado e aprofundado em reportagem do jornal *O Estado de S. Paulo*, publicada no início de março e cujo título é instigante: “Quanto o Brasil seria mais rico se tivesse ensino de país desenvolvido?” Foi nesse questionamento que pensei ao formular a pergunta que apresenta essas reflexões. Não tenho dúvida de que o país poderia avançar muito na qualidade do ensino se o tema fosse prioridade em qualquer órgão público, inclusive naqueles nos quais, em primeiro momento, essa ideia pareça fora de lugar. Importante lembrar que a educação de qualidade é direito fundamental e que a Constituição consagra compromissos firmes no assunto, inclusive no que se refere ao financiamento da educação⁸.

Assim, entende-se que o momento é adequado para evoluir no controle do cumprimento do mínimo constitucional da educação, de modo que, ao menos, a meta 1-A do PNE, isto é, a universalização da educação infantil de crianças de 4 e 5 anos, passe a integrar a análise do percentual de educação e, por conseguinte, compor o escopo das prestações de contas de governo anual.

⁸ MOTTA, Fabrício. O que podemos fazer pela educação. *Jornal Estadão*, Blog do Fausto Macedo, São Paulo, 14 de março de 2023.

A LEI Nº 12.846/2013 E A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS



Daniel de Carvalho Guimarães

Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.
Especialista em Direito do Tributário pela PUC Minas.

O artigo desenvolve uma proposta que harmonize a opção da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, de responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas de direito privado a cargo da autoridade máxima dos órgãos e entidades públicas, com a competência constitucional dos tribunais de contas, esquecidos pela lei, para fiscalização, processamento, julgamento e sanção dos agentes públicos e privados.

1 A LEI E SUA ESCOLHA SOBRE COMPETÊNCIA

A lei estabeleceu dois regimes de responsabilidade a depender da sanção cabível, um de responsabilidade administrativa e outro de responsabilidade civil perante o Poder Judiciário. No primeiro, estão as sanções de multa e de publicação de decisões condenatórias. O segundo engloba o perdimento de bens, a suspensão ou interdição temporária das atividades, a dissolução compulsória e a proibição de receber incentivos, subsídios e empréstimos públicos. Interessa-nos a responsabilidade administrativa.

O legislador atribui à autoridade máxima de cada poder, em todas as esferas da federação, a competência para a instauração e o julgamento de processo administrativo de responsabilidade de pessoa jurídica, com possibilidade de delegação (art. 8º, *caput* e §1º).

A fiscalização administrativa de infrações e o instituto do acordo de leniência já conviviam no ordenamento jurídico brasileiro, nas Leis nº 8.884/1994 e 12.529/2011, que regularam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A competência foi atribuída ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade), tribunal administrativo responsável pela apuração, instauração de processo e sanção sobre as condutas consideradas infrações à ordem econômica.

Esse exemplo legal de fiscalização administrativa por um tribunal administrativo nos remete à Constituição da República de 1988, que atribuiu aos tribunais de contas a competência para a análise de ilícitos contra a administração pública. No entanto, em nenhum dispositivo da lei há menção a eles, sequer um comando residual de comunicação dos fatos apurados para o exercício da sua competência.

Na mensagem que acompanhou o projeto de lei, o presidente da República justificou a proposta na existência de lacunas no sistema jurídico nacional em relação à responsabilização das pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a administração pública, em especial por atos de corrupção e fraude

em licitações e contratos administrativos.¹ As lacunas consistiam na falta de meios específicos para se alcançar o patrimônio das pessoas jurídicas e obter o efetivo ressarcimento dos prejuízos causados por atos praticados em seu benefício, direto ou indireto.

A exposição de motivos ainda destacou que o projeto de responsabilização administrativa de pessoas jurídicas se inspirou na aplicação exitosa da Lei nº 8.884/1994, que cuidava do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência antes da Lei nº 12.259/2011 na responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas por infrações contra a ordem econômica.

Apesar de se inspirar na Lei nº 8.884/1994, a lei analisada optou por solução diversa na apuração dos ilícitos contra a administração pública. Atribuiu o poder de instaurar, processar e julgar a uma das partes do conflito, à autoridade pública máxima de determinado órgão ou entidade pública. Já a Lei nº 8.884/1994 estabeleceu a competência de apuração das infrações contra a ordem econômica ao Cade, um tribunal administrativo espelhado no Poder Judiciário quanto à composição e qualidade de terceiro no processamento e julgamento da demanda posta à sua análise.

A escolha da Lei nº 12.846/2013 aproxima a ação estatal de busca de responsabilidade administrativa e o controle interno de cada poder. Indício desse movimento foi a escolha da Controladoria-Geral da União (CGU) como o órgão com competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados pelas demais autoridades federais do Poder Executivo.

E tal escolha legal certamente induziu estados e municípios a concentrarem tal atuação em suas controladorias.

2 AS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E DO CONTROLE INTERNO

A Constituição de 1988 prevê, entre outros, dois tipos de controle da administração pública: o interno, exercido por cada Poder; e o externo, pelo Poder Legislativo com o auxílio dos tribunais de contas. As competências estão divididas entre os artigos 71 e 74, cabendo aos dois sistemas de controle a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

O artigo 71 atribui aos tribunais de contas tarefas de controle das mais diversas naturezas, desde a prestação de informações ao Poder Legislativo, passando pela elaboração de parecer prévio sobre as contas do chefe do Poder Executivo, até a aplicação de sanções aos responsáveis por ilegalidade da despesa ou irregularidade das contas. A Constituição ainda reconhece aos tribunais de contas a competência para proferir decisões das quais resulte imputação de débito ou multa e com eficácia de título executivo.

Os tipos de ato lesivo à administração pública, nacional e estrangeira, contidos no artigo 5º, inciso IV, da Lei nº 12.846/2013, guardam similitude com as condutas que podem ser apuradas, processadas e julgadas pelos tribunais de contas:

¹ BRASIL. Câmara dos deputados. Mensagem nº 52 / 2010. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=735505&filename=MSC%2052/2010%20=%3E%20PL%206826/2010. Acesso em: 12 maio 2023.

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

(...)

IV - no tocante a licitações e contratos:

- a) **frustrar ou fraudar**, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) **impedir, perturbar ou fraudar** a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) **afastar ou procurar afastar** licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) **fraudar** licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) **criar, de modo fraudulento ou irregular**, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) **obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento**, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
- g) **manipular ou fraudar** o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

A fiscalização sobre as condutas elencadas acima está alcançada pelas competências do controle externo, como as de julgar as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (artigo 71, inciso II) e de aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário (artigo 71, inciso VIII).

Por outro lado, a função de controle interno tem outro desenho no artigo 74 da CR/88. Em primeiro lugar, cabem ao sistema de controle interno a avaliação e o monitoramento sobre os seguintes dados:

- a) cumprimento das metas previstas no plano plurianual e a execução dos programas de governo e dos orçamentos públicos;
- b) os resultados, a eficácia e a eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades públicas.

Em segundo lugar, o controle interno verifica a conformidade:

- a) da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades públicas e da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
- b) das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da entidade federada.

Por fim, a Constituição obrigou o controle interno a apoiar o controle externo. Nesse sentido, o artigo 74, §1º, estabeleceu ao controle interno o dever de comunicação de irregularidade ou ilegalidade aos tribunais de contas, sob pena de responsabilidade solidária.

Da conjugação dos incisos com o §1º do art. 74, verifica-se que o controle interno tem competências limitadas quanto ao tratamento de atos lesivos à administração pública. Pelo texto constitucional, caberia ao controle interno uma função de monitoramento de metas e resultados e de vigilância sobre a conformidade dos atos praticados no âmbito da gestão pública e, por conseguinte, a comunicação dos fatos ao controle externo quando verificada ilegalidade.

O texto constitucional contém zonas de sobreposição entre as competências do tribunal de contas e do controle interno, por exemplo, em relação ao controle de legalidade de atos de gestão pública orçamentária, financeira e patrimonial. No entanto, a Constituição optou por reservar ao controle interno uma atuação voltada para a vigilância das práticas, sem transbordar para a fixação de responsabilidade e sanção, principalmente quando se tratar de agentes privados, como ocorre na Lei nº 12.846/2013.

Logo, caberia aos tribunais de contas a apuração da responsabilidade administrativa. Essa possibilidade ainda passa por duas questões jurídicas que enfrentaremos a seguir.

3 A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SOBRE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

A possibilidade de os tribunais de contas julgarem e sancionarem pessoas jurídicas de direito privado é matéria controvertida. O Tribunal de Contas da União (TCU) instaurou incidente de uniformização de jurisprudência para definir se teria competência para julgar agente privado e apreciou a questão no Acórdão nº 321/2019, assim ementado:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA COM O OBJETIVO DE DIRIMIR DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTOS A RESPEITO DA COMPETÊNCIA DO TCU PARA JULGAR CONTAS DE TERCEIROS PARTICULARES QUE CAUSEM DANO AO ERÁRIO. FIXAÇÃO DE ENTENDIMENTO SOBRE O ASSUNTO.

Compete ao TCU, de acordo com as disposições dos artigos 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Constituição de 1988 c/c os artigos 5º, inciso II, 16, § 2º, e 19 da Lei 8.443/1992 e o artigo 209, § 6º, do Regimento Interno, julgar as contas de pessoa física ou jurídica de direito privado que causarem dano ao erário, independentemente da coparticipação de servidor, empregado ou agente público, desde que as ações do particular contrárias ao interesse público derivem de ato ou contrato administrativo sujeitos ao Controle Externo.²

Extrai-se do acórdão que o requisito para a competência do TCU é que o vínculo do agente privado decorra de (i) ato da administração regido pelo direito privado (ato de gestão), (ii) ato administrativo em sentido estrito ou (iii) contrato da administração, em regime de direito público ou privado, que se relacione à gestão da coisa pública.

O Supremo Tribunal Federal (STF) compartilha desse entendimento. A Corte enfrentou questionamento sobre a possibilidade de pessoas físicas e jurídicas de direito privado figurarem no polo passivo de tomada de contas especial em tramitação no TCU, sob o argumento de que a competência prevista no art. 71 apenas alcançaria agentes públicos, e não particulares, ainda que com vínculo jurídico com a administração pública, como em processos de licitação e em contratos administrativos.

A Primeira Turma, por maioria, vencido apenas o ministro Marco Aurélio, denegou a segurança e assentou que a origem pública e federal dos recursos públicos envolvidos definiria a competência do TCU, e não a natureza dos agentes que atuaram no contexto fático examinado.

2 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 321/2019. Plenário. Relatora Ministra ANA ARRAES. Sessão 20 fev. 2019.

Mandado de segurança. Competência do Tribunal de Contas da União. Inclusão dos impetrantes em processo de tomada de contas especial. Responsabilidade solidária. Ressarcimento ao erário. Ilegalidade e abuso de poder não configurados. Denegação da segurança.

1. Ao auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo, compete ao Tribunal de Contas da União a relevante missão de julgar as contas dos administradores e dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, II, da Constituição Federal).

2. Compete à Corte de Contas da União aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelece, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao Erário (art. 71, VIII, da Constituição Federal).

3. Em decorrência da amplitude das competências fiscalizadoras da Corte de Contas, tem-se que não é a natureza do ente envolvido na relação que permite, ou não, a incidência da fiscalização da Corte de Contas, mas sim a origem dos recursos envolvidos, conforme dispõe o art. 71, II, da Constituição Federal

4. Denegação da segurança.³

Por fim, o Supremo Tribunal Federal julgou o MS nº 30.788/MG,⁴ em que foi questionado acórdão do TCU que impôs a pessoa jurídica de direito privado a sanção de declaração de inidoneidade diante de condutas de uso de notas fiscais e atestados de capacitação técnica falsos perante autoridade pública que conduzia licitação. A principal tese do mandado de segurança em relação ao objeto desse texto foi a incompetência do TCU para impor declaração de inidoneidade diante da regra legal superveniente constante do art. 87, IV e §3º da Lei federal nº 8.666/1993, que atribuía essa competência exclusivamente ao ministro de Estado ou secretário estadual ou municipal.

Prevaleceu o voto do ministro Roberto Barroso, que reconheceu a constitucionalidade do art. 46 da lei do TCU e denegou a ordem, como registrado na ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. DEVIDO PROCESSO LEGAL. SANÇÃO DE INIDONEIDADE.

1. Em processo administrativo no âmbito do Tribunal de Contas, é válida a comunicação por edital depois de tentativa frustrada de comunicação postal (Lei nº 8.443/1992, art. 23, III).

2. É constitucional o art. 46 da Lei nº 8.443/1992, que institui sanção de inidoneidade a particulares por fraude a licitação, aplicável pelo TCU. Precedente: Pet 3.606 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

3. Ordem denegada.

Logo, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal reconhece a competência dos tribunais de contas sobre as pessoas jurídicas de direito privado.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 24379. Primeira Turma. Relator: Dias Toffoli – Publicação: 8 jun. 2015.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 30788. Tribunal Pleno. Relator: Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. ROBERTO BARROSO - Publicação: 4 ago. 2015.

4 PARÂMETROS LEGAIS DA COMPETÊNCIA SANCIONATÓRIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Em seguida, é necessário verificar se caberia aos tribunais de contas realizar controle de conformidade de condutas em relação a leis além daquela que disciplina sua organização.

Cada tribunal de contas brasileiro é regido por norma que define a sua organicidade, as suas competências, as regras processuais, as sanções e as hipóteses de incidência. A Lei nº 8443/1992, lei orgânica do Tribunal de Contas da União, estabelece em seu artigo 58 um rol de tipos abertos passíveis de multa, como a prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial ou ainda a prática de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário.

As duas hipóteses demonstram que os tribunais de contas necessitam de outros parâmetros normativos para realizar o juízo de adequação típica sobre as condutas de agentes públicos e privados.

Esse modelo legal possibilita que os tribunais de contas verifiquem o cumprimento das normas, como as regras constitucionais, as leis de licitações e contratações públicas (Leis nº 8.666/1993, 10.520/2002, 12.462/2011, 14.133/2021), de consórcios públicos (Lei nº 11.107/2005), de contratações com o terceiro setor (Lei nº 13.019/2014), de responsabilidade fiscal (Leis complementares nº 101/2000, 164/2018, 173/2020, 176/2020, 177/2021, 178/2021) e de receita e despesas públicas (Lei nº 4.320/1964).

Tais leis estabelecem regras de conduta para os agentes, órgãos e entidades públicas com tipos de infrações administrativas e sanções. Um exemplo é a Lei nº 14.133/2021 que estabelece um rol de condutas típicas e sanções nos artigos 155 e 156. No artigo 155, XII, há menção aos atos lesivos previstos no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013, caracterizando-os também como ilícitos na lei de licitações e contratos.

Os tribunais de contas podem usar esses parâmetros normativos para preencher os tipos abertos previstos na sua lei orgânica de grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial ou de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário.

5 AS FRAGILIDADES DO MODELO DESCENTRALIZADO DA LEI Nº 12.846/2013

A lei estabeleceu balizas que podem ser utilizadas pela União, pelos estados e pelos municípios. Diante de sua heterogeneidade, o universo municipalista apresenta os maiores desafios para a implementação do controle.

Em primeiro lugar, porque os municípios enfrentam dificuldades na formação de um corpo de servidores efetivos para atuar no controle interno. Essa função exige um mínimo de autonomia para monitorar, auditar, processar e sancionar, e não deveria depender exclusivamente de agentes públicos ocupantes de cargos em comissão.

Em segundo lugar, porque há um déficit técnico dos agentes públicos municipais para a aplicação da Lei nº 12.846/2013, pois a maioria dos municípios brasileiros não tem estruturação administrativa suficiente para realizar a função de controle interno.

Em terceiro lugar, porque o controle interno dos municípios está próximo aos fatos, o que favorece o conhecimento e a reunião de elementos para a reconstituição do contexto. No entanto, essa proximidade pode prejudicar o exercício das funções de processamento, julgamento e eventual sanção, pois tais atividades exigem distanciamento dos agentes públicos responsáveis sobre o contexto fático em que ocorreram as condutas.

Os tribunais de contas amenizam essas fragilidades, pois incrementam o perfil técnico dos agentes públicos responsáveis pela fiscalização e concentram em uma entidade pública autônoma o julgamento dos fatos.

Na responsabilidade administrativa por ato lesivo à administração pública, os tribunais de contas se apresentam como órgão com perfil institucional consolidado, com rol de competências constitucionais compatíveis com a finalidade da Lei nº 12.846/2013, estruturados com agentes públicos ocupantes de cargos efetivos, que reúnem os atributos para realizar o processamento, julgamento e sanção a partir da comunicação dos fatos potencialmente ilícitos pelos controles internos de acordo com o comando constitucional do art. 74, §1º.

6 CONCLUSÃO

Proponho que os tribunais de contas possam usar o artigo 5º, IV, da Lei nº 12.846/2013 como parâmetro normativo na fiscalização das graves infrações à lei e ao regulamento na investigação de fatos potencialmente lesivos à administração pública, no processamento, no julgamento, na assinatura de acordos e na aplicação de sanção, quando não houver a atuação do controle interno.

Entretanto, o exercício dessa competência fiscalizatória e sancionatória deve ocorrer de forma subsidiária à atuação do controle interno, pois os tipos legais que a justificam foram construídos com conteúdo da Lei nº 12.846/2013. Essa restrição visa impedir que haja atuação dos órgãos de controle em duplicidade sobre responsabilidade administrativa decorrente de um mesmo fato e que ocorra a dupla punição de uma pessoa jurídica ou física, em violação ao princípio constitucional implícito do *ne bis in idem*.

DIREITOS HUMANOS

Questões reflexivas nas deliberações das cortes de contas



Elke Andrade Soares de Moura

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais. Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-graduada em Controle Externo pela PUC Minas.

Há quase 75 anos, mais precisamente no dia 10 de dezembro de 1948, em momento marcado pelas profundas cicatrizes deixadas pelas duas grandes guerras, a Organização das Nações Unidas promulgava o que seria um ideário e – por que não dizer – uma resposta ao ardente reclamo mundial de milênios pela paz e dignidade da pessoa: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)¹.

Constituída de um preâmbulo e apenas 30 artigos, a DUDH foi capaz de estabelecer uma base de direitos que traduzem valores da mais alta envergadura, como liberdade, igualdade e dignidade, servindo de inspiração para a produção de outros documentos internacionais e penetrando nas constituições para conformar o rol de direitos fundamentais da pessoa, como saúde, educação, moradia, alimentação, trabalho, lazer e segurança.

Desde então, o incessante clamor pela efetivação daquilo que fora pactuado na DUDH tem sido uma tônica em grande parte das nações, incorporando a pauta de discussões entre os povos de diferentes culturas e crenças, cientes de que, com os fenômenos da interconexão e da mundialização, em que o conceito de indivíduo passa a ser concebido em sua acepção plural, os reflexos do que ocorre em determinado local se espalham de forma célere, trazendo consequências para o todo.

Nessa medida, a temática dos direitos humanos precisa ser considerada dentro de uma visão holística, visto que referidos direitos devem ser tomados como universais para que sejam, de fato, efetivos. Ademais, a sua garantia de efetividade depende da existência de organismos multinacionais e instituições nacionais fortes, capazes de adotar medidas necessárias para promovê-los, bem como de vigiar e obstar a prática de qualquer ato que possa vulnerá-los.

É nesse cenário que as entidades de controle externo e, no caso do Brasil, notadamente as Cortes de Contas e os Ministérios Públicos de Contas, que junto àquelas atuam, assumem extraordinário encargo, em especial, com o advento da Constituição de 1988, com muita propriedade terminológica denominada “Constituição Cidadã”. Atribuindo-lhes competência para aferir a legitimidade – ao lado da legalidade e da economicidade – dos dispêndios públicos, nossa Lei maior, pela leitura conjugada das normas que consagra, passou a exigir que os órgãos de controle externo deixem de ser apenas os defensores do erário de outrora para se tornar garantidores da realização acertada de políticas públicas

¹ Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

concretizadoras de direitos fundamentais. Assim, a defesa do erário passa a ser meio para se atingir o propósito maior atinente ao resguardo dos interesses da sociedade.

É, portanto, dessa perspectiva democrática, que considera como última *ratio* a finalidade pública e a satisfação das necessidades e dos interesses coletivos, que emerge como corolário a relevância das deliberações das Cortes de Contas no exercício permanente da fiscalização da escorreita aplicação dos recursos públicos, capaz de contribuir decisivamente para a efetivação de direitos fundamentais.

A DUDH, primeiro documento a consagrar a proteção universal de direitos indispensáveis à dignidade da pessoa, foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na cidade de Paris, em 10 de dezembro de 1948. Juntamente com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, formam a chamada “Carta Internacional dos Direitos Humanos”. Desde sua proclamação, vários tratados internacionais expandiram o corpo dos direitos humanos reconhecidos mundialmente como essenciais, merecendo destaque a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006).

Enfrentando as oscilações político-ideológicas, as incertezas advindas da complexidade dos novos arranjos institucionais e das relações travadas entre Estado/sociedade, bem como, por vezes, alguns retrocessos em termos de conquistas democráticas, a luta pela afirmação dos ditames pactuados na DUDH sempre permaneceu pujante, porquanto compreendida como absolutamente necessária para garantia da paz e da dignidade de todos.

No Brasil, a Constituição de 1946 já consignava um elenco de direitos fundamentais, mas foi com a nossa Constituição cidadã de 1988 que o núcleo desses direitos, capaz de conferir uma vida digna a todos, ganhou prevalência, na medida em que, ao lado do extenso rol de direitos individuais e sociais estabelecidos, foram previstas garantias com potencial para lhes assegurar a máxima efetividade.

Sob uma perspectiva de universalidade, legitimidade e inclusão, os direitos fundamentais passaram a ser incorporados, paulatinamente, no quadro de políticas públicas estabelecidas periodicamente nas leis orçamentárias dos entes federativos (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual), com o escopo de materializar aquilo que constitucionalmente fora assegurado enquanto texto normativo.

Aos Tribunais ou Cortes de Contas foram conferidas competências constitucionais que exorbitam as raias da legalidade, compreendida aqui como subsunção dos atos praticados com o prescrito nas normas, e atingem aspectos qualitativos dentro de uma avaliação teleológica ou finalística das despesas públicas.

Mensurar aspectos qualitativos junto à aferição de conformidade da gestão pública não é tarefa simples. Ao contrário, demanda a incursão em diversas áreas do conhecimento e a avaliação conjugada de aspectos fáticos compreendidos na realidade de cada ato administrativo analisado. Nesse cenário de alta complexidade, não apenas a constituição de equipes multidisciplinares para o exercício do controle se faz necessária, como, também, o uso de ferramentas da tecnologia da informação que viabilizem a realização de análises simultâneas de milhares de dados em curto espaço de tempo, o respectivo tratamento e a extração de achados preliminares a partir do uso da inteligência artificial, para nortear os trabalhos apuratórios.

No exercício desse mister, o Tribunal de Contas realiza as fiscalizações orçamentária, contábil, financeira, patrimonial e operacional da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, abrangendo as entidades da administração direta e indireta, julgando contas de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que manuseie recursos públicos, e emitindo parecer prévio sobre as contas de governo, no contexto de uma avaliação atinente à macrogestão governamental².

O resultado dessa atividade, desenvolvida com o suporte do seu corpo técnico e do Ministério Público de Contas, que atua nos processos que perante ele tramitam, na condição de *custos iuris*, é consagrado em suas deliberações, cujos erros ou acertos repercutem diretamente na esfera de direitos de todos. Indubitável que a necessária representatividade democrática, conferida pelo povo aos seus representantes eleitos, precisa ser controlada na exata medida de suas limitações e poderes legalmente transferidos, de modo que não restem espaços ao arbítrio ou ao desvio de finalidade. Às instituições de controle externo cabe, portanto, no seio do Estado Democrático de Direito, o exame acurado da juridicidade de cada ato administrativo praticado, visando coibir ou reprimir a ocorrência de prejuízo à coisa pública. O resguardo do interesse coletivo requer, pois, atuação firme dos Tribunais de Contas sob a conduta do administrador, a tempo e modo adequados, de forma a não permitir que sejam lesados direitos de toda a sociedade, mormente quando se tem em mente que a malversação de recursos públicos e as mazelas da corrupção, que atualmente atingem patamares assustadores, minam a possibilidade de se conferir dignidade de subsistência às pessoas, chegando, em alguns casos, a ceifar-lhes a própria vida.

Para além dessa função fiscalizatória, em regra, de cunho repressivo, as Cortes de Contas já se conscientizaram da importância de sua missão pedagógica, preventiva e mesmo propositiva, buscando orientar seus jurisdicionados quanto à prática acertada dos atos administrativos no intuito de minimizar a incidência de irregularidades, cujas consequências danosas, muitas vezes, sequer são passíveis de reparação, pois que extrapolam a órbita de apuração matemática do prejuízo financeiro causado, vulnerando significativamente a esfera de direitos essenciais dos cidadãos, como a prestação de serviços de atenção básica e universal à saúde e à educação de qualidade.

Assim, às Cortes de Contas incumbe a responsabilidade de zelar pela garantia de preservação do núcleo básico de direitos humanos consignados na DUDH, constitucionalmente densificados em nossos direitos fundamentais e que ganham efetividade com a realização cotidiana de políticas públicas legitimamente estabelecidas e concretizadas. Para tanto, é preciso que os atores envolvidos no exercício dessa relevante tarefa estejam cientes de que precisam empreender o máximo esforço, promovendo, permanentemente, uma re(leitura) dos textos normativos de forma a deles extrair o substrato necessário para uma atuação consentânea com os interesses e necessidades coletivos que se fazem presentes em diferentes momentos da história de cada sociedade.

Esse novo paradigma de controle, que privilegia o aspecto teleológico da fiscalização, buscando a maximização dos resultados alcançados, seja para coibir a prática de corrupção seja para assegurar maior efetividade no emprego dos recursos públicos, encontra terreno fértil na era digital em que vivemos, que permite a conexão entre pessoas e instituições em tempo real, a análise de dados em sistemas de *big data* e o uso da inteligência artificial. São contextos de alta complexidade e grandes

2 Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)

desafios, que exigem de todos, Estado e sociedade, atuação integrada e célere, diante de um processo incessante de mudanças rápidas e multidimensionais, para que se possa garantir uma vida digna a todos.

Não se pode olvidar de que nem os pactos internacionais que consagram direitos humanos universais nem as salvaguardas constitucionais voltadas a atribuir-lhes densidade, por melhor projetados que sejam, podem garantir, por si só, a efetividade de direitos fundamentais necessários à dignidade dos cidadãos. Imprescindível que a prática administrativa, acompanhada *pari passu* pelo exercício permanente do controle da gestão pública, seja desenvolvida rumo ao cumprimento da sua finalidade última – a satisfação do interesse público.

A função de controle da gestão pública, na estrutura e organização dos Estados modernos, de conformação democrática, passa a incorporar, assim, a complexa tarefa de assegurar a concretização de políticas públicas legítimas e sustentáveis, universais e inclusivas, estabelecidas com a participação dos cidadãos, e que sejam capazes de promover a efetividade de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, ainda tão distantes de significativa parcela da nossa sociedade.

Com base nessa compreensão, para o exercício da adequada fiscalização, o agente controlador precisa romper a cápsula da legalidade estrita em que estão previstas as balizas para a conduta do administrador e alcançar uma avaliação que considere a observância de princípios outros, da mesma estatura e relevância, como economicidade, eficiência, moralidade e legitimidade. Somente dessa forma se poderá verificar se o interesse público foi efetivamente atingido, ou seja, se direitos como educação, saúde, segurança, entre outros, foram, de fato, garantidos, ou se apenas aspectos formais e quantitativos da aplicação de recursos públicos nesses segmentos foram atendidos.

Essa mudança de postura, à luz das bases do Estado Democrático de Direito, apta a ultrapassar os contornos estabelecidos por um paradigma há muito superado, centrado no positivismo ortodoxo e que se achava engessado em um sistema jurídico composto apenas por regras, desconsiderando a existência de princípios que, tal como as regras, também integram o ordenamento jurídico e lhe servem de fundamento, importa a atuação emancipadora da função de controle da gestão pública, operada a partir da interpretação constitucionalmente adequada que permita que Estado e sociedade, em ação concertada, se tornem protagonistas de mudanças capazes de viabilizar o melhor atendimento das demandas que se fazem presentes em cada época.

A missão de controle incumbida aos Tribunais de Contas, pois, é das mais nobres, razão pela qual requer que seja explorada toda a sua potencialidade funcional por meio da incessante busca por seu aprimoramento, de modo que o resultado do trabalho que produz, sintetizado em suas deliberações, possa ser um vetor de transformação da realidade social e de indução de boas práticas, imprimindo maior concretude ao rol de direitos fundamentais, arduamente conquistados e que se encontram consignados na nossa Constituição. Indubitável, portanto, que o papel desempenhado pelas Cortes de Contas pode ser decisivo para a consolidação dos direitos preceituados na DUDH e, conseqüentemente, para que se cumpra um dos compromissos centrais da República Federativa do Brasil, expressamente estabelecido no art. 1º, inciso III, da CR/88, qual seja, garantir a dignidade da pessoa humana.

O DEVER DE CONTROLE DE LEGITIMIDADE DAS DESPESAS PÚBLICAS EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA EQUIDADE INTERGERACIONAL



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.

A administração pública deve buscar o bom emprego dos recursos financeiros para a satisfação das necessidades coletivas. Com esse intuito, é essencial o equilíbrio dos gastos em confronto com as rendas arrecadadas, além da fixação da despesa conscienciosamente, de forma a gerar serviços ou obras de proveito geral, evitando dispêndios supérfluos e onerosos.

Na atualidade, com quase uma década de orçamentos públicos deficitários do governo central, de rolagem da dívida pública para fazer face às políticas públicas, medidas substanciais de contenção de gastos públicos precisam ser adotadas, sem que se decaia em retrocesso social e gravame deletério às próximas gerações.

Nesse estado de coisas, destaca-se o princípio da equidade intergeracional aplicável à conformação do Direito-dever da Despesa Pública. A teor desse preceito, a atuação do gestor público necessita de um olhar voltado para além do seu tempo, no qual a despesa pública deva ser planejada, avaliada e examinada de forma a privilegiar a opção por gastos que projetem necessidades e utilidades para a vida das atuais e futuras gerações.

De fato, o (res)significado do princípio está ligado a uma ótica transtemporal da atividade orçamentário-financeira governamental, ou seja, ultrapassando as fronteiras de qualquer cronologia preestabelecida, sendo relativa a todos os tempos, abrangendo as decisões atuais dos entes públicos e os seus efeitos futuros, compatibilizando-os com o cumprimento dos encargos assumidos em períodos antecedentes, sem gravar as futuras gerações de ônus para os quais não concorreram.

Em outras palavras, a geração presente não pode criar excessivo ônus com despesas atuais que comprometam a riqueza futura, tampouco a geração futura deve pagar por despesas que tenham beneficiado uma geração antecedente, impondo-se limites de uma distribuição equilibrada dos custos e benefícios.

Com base na equidade geracional, os gastos autorizados devem favorecer o progresso social e o bem-estar entre as gerações. Nessa perspectiva, a fixação da despesa não deve onerar ou manter uma conta negativa para a sociedade do futuro, sendo preciso que todos os gastos passem pelo crivo do relevante atendimento do interesse público.

Dentro da mesma acepção, há também que se fazer referência ao princípio da legitimidade do gasto público, relacionado diretamente à formulação das políticas públicas e ao dispêndio de recursos financeiros estatais, sempre na busca pelo atendimento das necessidades básicas da população (núcleo do mínimo existencial).

Certamente, os escassos recursos da coletividade devem ser empregados de maneira racional, buscando o (re)equilíbrio orçamental, a sustentabilidade financeira dos entes (superávit), a qualidade do gasto público e o melhor uso das receitas disponíveis (uso racional dos dinheiros públicos).

Recomendável fazer muito mais em termos de políticas públicas, utilizando o mesmo volume de recursos financeiros ou até mesmo reduzindo os dispêndios, sempre atento aos aspectos qualitativos e quantitativos em favor da sociedade, já tão onerada por alta carga tributária, juros altos na economia e baixa qualidade dos serviços públicos em grau de aderência às políticas públicas. A meu ver, os recursos públicos serão suficientes se forem utilizados sem desperdício ou desaproveitamento.

Apesar disso, o Brasil ainda se encontra distante das acepções fundamentais acima expostas, havendo dificuldades na administração do erário, com problemas de planejamento, desequilíbrio de contas públicas e (re)contratação de empréstimos para financiar as atividades da máquina estatal e políticas de governo, o que resulta no alto grau de (re)endividamento público a ser pago por esta e pelas futuras gerações.

Sob essa visão, o portal da transparência da administração pública federal informa que a dívida pública da União atingiu o patamar de R\$ 6 trilhões em dezembro de 2022, englobando todos os empréstimos para (re)financiar parte dos gastos do governo central não cobertos com a arrecadação de impostos. É de se verificar que o pagamento incessante dos serviços da dívida pública (principal + juros + encargos) torna o ente federativo vulnerável às oscilações das taxas de juros externa e interna.

Além desse fator, o alto valor da dívida comprime a possibilidade de investimentos públicos e de atendimento a direitos sociais prementes, cada vez mais crescentes numa sociedade plúrima e complexa como a brasileira, a pôr em xeque a sustentabilidade do direito ao futuro das próximas gerações.

Registre-se, ainda, a ocorrência de um cenário de sucessivos déficits fiscais na esfera federal¹, onde a receita primária líquida, em valores correntes, atingiu a cifra de R\$ 1.089 bilhões, em 2016; R\$ 1.155 bilhões, em 2017; R\$ 1.232 bilhões, em 2018; R\$ 1.347 bilhões, em 2019; R\$ 1.204 bilhões, em 2020; e R\$ 1.579 bilhões, em 2021; ao passo que as despesas primárias alcançaram o total de R\$ 1.630 bilhões, em 2016; R\$ 1.614 bilhões, em 2017; R\$ 1.645 bilhões, em 2018; R\$ 1.690 bilhões, em 2019; R\$ 2.216 bilhões, em 2020; e R\$ 1.694 bilhões, em 2021, concretizando saldo negativo, conforme balanços da União.

É sabido que as despesas primárias correspondem ao total de despesas, deduzidos os montantes destinados ao pagamento de juros, encargos e amortizações da dívida. Assim, os gastos primários são aqueles dispêndios que possibilitam a oferta de serviços e a realização de políticas públicas em favor da sociedade, exigindo, portanto, que não haja excesso das despesas em relação às receitas, bem como a melhor destinação dos investimentos, para serem alcançados resultados de qualidade; o que ainda é um desafio frente ao crescente desalinhamento das contas nacionais.

Insta observar que as contas do governo central evoluíram de forma positiva ao longo do exercício de 2022, fechando o exercício financeiro com superávit primário de R\$ 54,1 bilhões. Esse resultado

¹ Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional.

representou o primeiro superávit primário da administração pública federal desde 2013. Apesar da melhoria observada, a expectativa é de que o resultado primário volte a ser deficitário em 2023.

Especificamente no âmbito do Estado de Minas Gerais, o panorama das contas públicas – com indicadores de receita, despesa e dívida – também aponta para uma situação financeira bastante delicada. Uma breve análise do quadro histórico nos remete a uma crise fiscal estrutural desde 2014, que fora agravada pela forte recessão na economia brasileira, com sucessivos déficits orçamentais, provenientes, em geral, da não aderência à responsabilidade fiscal no controle dos gastos públicos.

Realmente, por ocasião do exercício de 2014, os dados contábeis divulgados no Balanço Geral do Estado apontaram para um resultado orçamentário negativo no importe de R\$ 2,16 bilhões. No exercício de 2015, houve uma expansão ainda mais expressiva do déficit, que alcançou R\$ 8,96 bilhões à época. Quanto ao ano de 2016, verificou-se um saldo negativo de R\$ 4,16 bilhões; assim como em 2017, um orçamento deficitário de R\$ 9,76 bilhões. Em 2018, o déficit no Estado de Minas Gerais foi extremamente elevado, alcançando a cifra negativa de R\$ 11,2 bilhões à época.

No que se refere ao exercício de 2019, o desequilíbrio financeiro nas contas públicas estaduais foi também desfavorável, na ordem de R\$ 8,63 bilhões negativos, considerando a receita arrecadada e a despesa empenhada. De igual modo, no exercício de 2020 houve resultado negativo, no montante de R\$ 2,86 bilhões.

Ao contrário disso, nos exercícios de 2021 e 2022, o Estado de Minas Gerais apresentou um resultado fiscal superavitário da ordem de R\$ 103,693 milhões e de R\$ 2,2 bilhões, respectivamente, bem como foram registrados avanços nos investimentos em saúde e educação. Todavia, apesar do resultado primário positivo, o Estado ainda tem sérias dificuldades financeiras com o crescente endividamento, suspensão do pagamento da dívida, déficit previdenciário e insuficiência de caixa para liquidar todas as suas despesas orçamentais.

O estoque da dívida do Estado de Minas Gerais com a União já se encontrava em R\$ 156,64 bilhões no fim de 2022. Neste particular, o elevado valor da dívida pública exerce um impacto direto sobre as finanças do Estado, com grande influência na efetivação das políticas públicas governamentais. A trajetória temerária da dívida do governo do Estado com a União representa sérios riscos para a sociedade mineira e indica um processo de fragilidade das contas públicas, caracterizada pelo crescimento dos encargos financeiros e constante negociação de programas de ajuste fiscal.

Vale lembrar, igualmente, a incapacidade dos gestores de realizar reformas estruturantes, notadamente quanto ao sistema previdenciário, que vem apresentando sucessivos déficits financeiros e atuariais no Estado de Minas Gerais.

Persiste o quadro de inscrição em “Restos a Pagar Não Processados” no âmbito do Poder Executivo estadual mineiro, com insuficiência financeira, isto é, as obrigações suplantam os recursos disponibilizados, o que leva a um crescimento reiterado da dívida flutuante. O efeito imediato dessa dinâmica é o comprometimento da prestação de serviços públicos e a oneração das gerações futuras.

Logo, é necessário introduzir na consciência coletiva a ideia do bom uso dos recursos públicos, de acordo com o que preconizam as normas gerais do Direito Financeiro dispostas na Carta Maior e na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Há diversas práticas e recomendações que devem ser implementadas para o ajuste dos gastos públicos e a garantia do equilíbrio de longo prazo, como a otimização da despesa pública; a redução de despesas correntes mais flexíveis; a realização de estudos prospectivos das repercussões financeiras futuras dos gastos; a busca pela sustentabilidade econômica da receita; o atendimento das metas de arrecadação; a renegociação da dívida pública; o desenvolvimento da área de inovação, tecnologia e qualidade rumo ao progresso econômico.

Em virtude dessas considerações, para fins de atendimento da equidade intergeracional – tópico central do presente artigo –, é importante aperfeiçoar o modo de efetivação do gasto público, envidando esforços pela qualidade dos investimentos e correção dos desvios, de forma a deixar um legado às próximas gerações em áreas sensíveis: saúde, educação, segurança pública, proteção ambiental, entre outras.

Sem dúvida, o dispêndio de dinheiros públicos deve guardar conformidade com os valores da vida social. Dessa forma, em uma realidade progressista, não se mostra cabível (ilegítima) a realização de despesas impróprias na esfera administrativa, tampouco aquelas contaminadas por interesses privados, que ofendem os princípios da legitimidade, moralidade e economicidade.

A título exemplificativo, são irregulares a realização de despesas com almoços receptivos e coquetéis em solenidades; festividades; bandas musicais; combustível de veículos não destinados ao atendimento de demanda institucional; pagamento de multas de trânsito com caráter personalíssimo; encomendas de pareceres desnecessários ou dispensáveis; aquisição de artigos de luxo; gastos exagerados com material de consumo; despesas de viagens, hospedagem e refeição de alto custo; notas fiscais inidôneas ou com descrição genérica dos produtos e serviços; promoção pessoal em publicidade; distribuição de brindes; nepotismo; tratamento em hospitais privados; e patrocínio a times desportivos. Tais dispêndios deveriam ser impedidos, por tipificarem ato de gestão temerário, ilegítimo e antieconômico.

Por outro lado, a vigilância do bom uso das disponibilidades financeiras perpassa por variadas formas de monitoramento e controle, desde as controladorias internas dos entes estatais, passando também pelo controle externo exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio dos Tribunais de Contas, até o controle social democratizado exercido por qualquer cidadão.

Nesse ponto, não se pode perder de vista a importância da função do controle externo exercido pelos Ministérios Públicos de Contas brasileiro, especializados na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, moralidade, economicidade, aplicação de subvenções, renúncia de receitas e regularidade da utilização, arrecadação, guarda, gerenciamento e administração dos dinheiros, bens e valores públicos, bem como à fiel execução dos orçamentos e programas de governo.

Para se alcançar a proteção do erário público e garantir a probidade administrativa no emprego de bens e valores, é também necessário o estabelecimento de orientações e recomendações aos gestores, deflagração de ações de fiscalização, auditorias, instauração de tomadas de contas especial, suspensão ou invalidação de atos e editais, determinação de recomposição de perdas apuradas e aplicação de multa de caráter punitivo e pedagógico acerca de condutas valoradas negativamente sob o aspecto jurídico-financeiro. Tudo isso sem não antes esgotados os meios dialógicos e consensuais de resolução de controvérsias (sistema multiportas de acesso à Justiça).

Nessa concepção, o controle externo operante contribui para o aprimoramento dos atos de gestão e eficiência dos gastos públicos, por meio da aplicação de normas jurídicas (princípios e regras) aos casos em concreto.

Na mesma direção, é igualmente importante destacar a relevante função dos órgãos ministeriais especializados que atuam junto à Corte de Contas, no exercício de funções institucionais voltadas à defesa dos interesses públicos, do erário, da proteção do patrimônio público, das necessidades públicas coletivas relevantes à sociedade e do ordenamento jurídico brasileiro.

Outra questão relevante é a publicidade e transparência das finanças públicas, como uma espécie de fio condutor das ações de controle externo, enriquecidas em efetividade pela realização (difusa) encetada pelos concidadãos e pelas organizações civis da sociedade. Em que pese os avanços já alcançados na divulgação de informações, ainda é preciso assegurar a todos o direito de pleno conhecimento das contas públicas, incluindo a disponibilização de dados objetivos e reais sobre a execução orçamentária, o modo de aplicação dos gastos públicos e os respectivos resultados financeiros, tudo de forma simples e inteligível, superando a publicação de informações padronizadas, gráficos ou tabelas demasiadamente técnicas, muitas vezes incompreensíveis ou digitalizadas para escamotear consultas rápidas.

Diante do exposto, toda a atividade financeira pública deve ser orientada no sentido do melhor atendimento das necessidades coletivas, dentro de uma ideia de cooperação entre as gerações humanas – do passado, do presente e do futuro – na distribuição de benefícios e custos à luz do princípio da equidade intergeracional.

Não se pode olvidar que o endividamento com gastos recorrentes, dispêndios excessivos derivados de crédito irresponsável e a malversação de recursos públicos durante décadas a fio trazem consequências deletérias às presentes e futuras gerações, podendo inviabilizar a implementação de direitos fundamentais sociais básicos e constitucionalmente garantidos.

Por fim, o equilíbrio orçamentário-financeiro e a melhoria da qualidade do gasto público constituem o escopo fundamental de uma boa e responsável administração pública, focada no atendimento das demandas coletivas e das necessidades básicas dos cidadãos, devendo ser intensificada toda forma de controle para o fortalecimento e a otimização dos resultados da gestão pública, que a todos aproveitará, sem se descuidar da legitimidade de cada gasto público lançado no conjunto de leis orçamentais dos entes públicos.

A premente supressão de orçamentos públicos deficitários deve ser o mote dos representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, monitorado de perto pelos órgãos de controle da administração pública e dos ordenadores de despesas, a fim de se garantir o cumprimento da legitimidade da realização da despesa e o equilíbrio intergeracional.

O PROTESTO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL COMO MECANISMO EFICAZ PARA EXECUÇÃO DE CRÉDITO DECORRENTE DE MULTA APLICADA POR TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL A AGENTE PÚBLICO MUNICIPAL

Considerações diante do Tema 642 do STF



Maria Cecília Borges

Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais. Professora de Direito na Escola de Contas e Capacitação Professor Pedro Aleixo/TCE-MG.

Tainá Campos Rabelo

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Servidora pública no Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) fixou uma tese no Tema 642 da Repercussão Geral no sentido de que o “município prejudicado é o legitimado para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por tribunal de contas estadual a agente público municipal, em razão de danos causados ao erário municipal”. No entanto, ainda existem algumas lacunas sobre a matéria, uma vez que não diz claramente se, para o município ser competente para executar o crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual, pressupõe-se a responsabilização do agente público municipal mediante decisão condenatória.

Ademais, também há obscuridade quanto a qual natureza de penalidade pecuniária o julgado alcança. Isso porque não ficou claro se abarca todo e qualquer dano – inclusive sem ser monetário – ou somente as hipóteses de dano ao erário.

Definida a legitimidade do ente político lesado para execução do crédito decorrente de multa aplicada por tribunal de contas a agente público municipal, surge o obstáculo de como efetivar tal execução frente às barganhas políticas tradicionalmente presentes nos municípios e à morosidade do Poder Judiciário. Diante disso, analisa-se o protesto extrajudicial como mecanismo eficaz para a execução desse crédito, enquanto serventia extrajudicial que integra o sistema brasileiro de justiça multiportas.

Todavia, conforme será apontado, ainda é necessário verificar a atuação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas estadual para fins de efetivação da execução do crédito em análise.

2 TEMA 642 DA REPERCUSSÃO GERAL: A LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO PARA EXECUTAR CRÉDITO DECORRENTE DE MULTA APLICADA POR TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL A AGENTE PÚBLICO MUNICIPAL EM CASO DE DANO AO ERÁRIO

De acordo com a Constituição da República de 1988, o Tribunal de Contas é competente para determinar imputação de débito e aplicação de multa, inclusive a multa proporcional ao dano ao erário (art. 71, inciso VIII, c/c §3º, CRFB/88).

As decisões que fixam essas sanções pecuniárias têm eficácia de título executivo extrajudicial (art. 71, §3º, CRFB/88). A execução é civil, devendo seguir as regras do CPC/15, e não fiscal (Lei nº 6.830/80), uma vez que se executa o próprio acórdão do Tribunal de Contas, e não uma certidão de dívida ativa (CDA).¹ Todavia, essas decisões não podem ser executadas pelas próprias cortes de contas, seja em nome próprio seja por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, conforme já decidido pelo STF.²

Dessa forma, surgiu na jurisprudência a dúvida acerca de quem detém a legitimidade para executá-las, se o ente que mantém o Tribunal de Contas (por exemplo, União ou estados) ou se o ente da federação lesado. Com isso, o STF decidiu, sob a sistemática da repercussão geral, sobre a questão de quem então teria legitimidade para propor essa execução, especialmente no caso de execução de crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual a agente público municipal.

Assim, em recente julgado, por meio do RE 1003433-RJ (Tema 642 de Repercussão Geral),³ de relatoria do ministro Marco Aurélio, fixou-se tese no sentido de que o “município prejudicado é o legitimado para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por tribunal de contas estadual a agente público municipal, em razão de danos causados ao erário municipal”.

Dessa forma, a primeira premissa que se extrai do tema e do acórdão é a de que, para que o município – ente político lesado – tenha legitimidade para executar crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual, pressupõe-se a responsabilização prévia do agente público municipal por meio de uma decisão condenatória que transitou em julgado e que, portanto, tenha eficácia de título executivo extrajudicial (art. 71, §3º, CRFB/88).

No entanto, ainda há obscuridade quanto a qual natureza de sanção pecuniária o julgado alcança. Isso porque, embora verificando a tese com base no caso concreto dos autos, que seria de aplicação de multa-coerção, seja possível concluir pelo seu alcance independente da natureza da multa, a parte final de sua redação traz uma ressalva: “em razão de danos causados ao erário municipal”.

Com isso, surge uma lacuna: *para que o município seja competente para executar o crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual a agente público municipal, basta a ocorrência de dano genérico e fixação de multa de qualquer natureza ou é necessário que seja configurado um dano monetário e, portanto, ao erário municipal?*

1 STJ. REsp n. 1.390.993/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/9/2013, DJe de 17/9/2013 (Informativo 530).

2 RE 223037, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2002, DJ 02-08-2002 PP-00061 EMENT VOL-02076-06 PP-01061.

3 RE 1003433, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-203 DIVULG 11-10-2021 PUBLIC 13-10-2021.

Essa dúvida é pertinente na medida em que, quando analisadas as espécies de multas passíveis de serem aplicadas no âmbito do controle externo, nem todas estão atreladas à ocorrência de um dano monetário e, com isso, à determinação de ressarcimento ao erário.

Em resumo, podem-se identificar três espécies de multas: (i) *multa-coerção*, que visa conferir eficácia à atuação das cortes de contas e obrigar os agentes públicos ao cumprimento de obrigações públicas impostas por lei; (ii) *multa-sanção*, que se dirige à punição dos infratores, nas hipóteses de julgamento de contas irregulares, com ou sem determinação de ressarcimento ao erário; e (iii) *multa-ressarcitória*, que é acessória da imputação de débito decorrente de dano, isto é, uma multa proporcional ao dano causado ao erário.

Assim, caso abranja um dano genérico, que é aquele sem caráter monetário, decorrente de inobservância de normas financeiras, contábeis e orçamentárias, ou como consequência direta da violação de deveres de colaboração que os agentes fiscalizados devem guardar em relação ao órgão de controle, poder-se-ia inferir que o julgado alcança todas as espécies de multas.

Imagina-se um caso em que um prefeito municipal despense em uma obra exatamente o valor inicialmente planejado e previsto na lei orçamentária, todavia, não juntou os devidos comprovantes. Nesse caso, não há que se falar em dano ao erário municipal, uma vez que não houve lesão aos cofres municipais, mas sim um dano genérico, que enseja aplicação de multa-sanção, uma vez que, ao não realizar a devida prestação de contas dos gastos, não observou norma financeira, contábil e orçamentária.

Em análise ao julgado em comento, conforme pontuado pelo ministro Gilmar Mendes, o objeto de discussão do RE 1003433-RJ consiste em um título executivo formado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que, na verdade, se enquadra como *multa-coerção*, uma vez que aplicada em razão da ausência de envio dos dados mensais do Fundo Municipal de Saúde de Cordeiro ao Sistema Integrado de Gestão Fiscal (Sigfis) do TCE-RJ.

A multa imposta no caso decorreu de inobservância de determinação da Corte de Contas e, portanto, do interesse exclusivo da atividade fiscalizatória, não tendo decorrido de dano ao erário sofrido pela municipalidade a ser ressarcido. Em um primeiro momento, portanto, poder-se-ia inferir que, para a corte, o ente federativo prejudicado possui legitimidade para executar o acórdão do Tribunal de Contas, seja ele de imputação de débito ou de multa de qualquer natureza. Todavia, é necessária muita cautela na interpretação do julgado, pois se deve levar em consideração a ressalva contida na tese: “em razão de danos causados ao erário municipal” e o entendimento exarado no inteiro teor do acórdão.

De fato, os argumentos levantados no acórdão – e que foram votos vencedores – não levaram em consideração as distintas naturezas das multas aplicadas pelos tribunais de contas, o que pode ensejar certa insegurança jurídica em sua interpretação. No entanto, a partir de um exame conforme as singularidades de cada espécie de multa, é possível extrair a interpretação mais condizente com a formulação da tese.

A multa-coerção e a multa-sanção são utilizadas para, indiretamente, financiar a própria função de controle, na medida em que aprimoram e garantem a autoridade das atividades finalísticas de controle externo, bem como guardam autonomia em relação ao dever de recomposição do erário.⁴ Por essa razão,

4 Como mencionado pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto-vista no RE 1003433-RJ, são sanções cujos propósitos são de contraestímulo para a prática de futuras inobservâncias das normas ou de ferramenta para reafirmação da autoridade das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas.

são multas cujo ente político a que o Tribunal de Contas integra tem legitimidade para executar, uma vez que são aplicadas em detrimento da inobservância das regras de gestão pública e cuja dosimetria independe de qualquer consideração acerca de eventual dano causado ao erário (são atreladas a um dano genérico, sem necessariamente resultar em dano monetário ao município). Assim, são frutos do interesse direto dos tribunais de contas na imposição e cobrança de sanções patrimoniais dedicadas a reafirmar a vigência, a validade e a eficácia das regras de Direito Financeiro.

Em contrapartida, no entanto, a multa-ressarcitória, que consiste na multa proporcional ao dano causado ao erário, compreende pena acessória que deve seguir a sorte do principal, ou seja, da imputação de débito (dever de recomposição ao erário), no mesmo sentido dos argumentos trazidos pelo ministro Alexandre de Moraes, que inaugurou a divergência no julgado supracitado. Isso porque se trata de uma multa que decorre diretamente do dano causado aos cofres públicos, possuindo função retributiva aos abusos e desvios praticados em face do erário.

Com isso, somente quando a multa é proporcional ao dano causado ao erário municipal, contra agente público municipal, é que a legitimidade para a execução do crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual será do município prejudicado, uma vez que consiste em penalidade acessória que segue a sorte da principal (imputação de débito/dever de ressarcimento ao erário). Por essa razão, é possível extrair que a tese se aplica somente aos casos de dano monetário (dano ao erário), já que somente nesse caso a municipalidade terá o interesse direto em sua recomposição.

3 O PROTESTO EXTRAJUDICIAL COMO MECANISMO EFICAZ PARA EXECUÇÃO DE CRÉDITO DECORRENTE DE MULTA APLICADA POR TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL A AGENTE PÚBLICO MUNICIPAL

Entre as competências constitucionais dos tribunais de contas, destaca-se a atribuição do julgamento de contas (art. 71, II e VIII, CRFB/88), que pode resultar em prolação de decisões pela irregularidade das contas, com conseqüente imputação de débito e/ou cominação de multa aos responsáveis pela aplicação de recursos públicos ou por eventual dano ao erário.

Essas decisões condenatórias, conforme dispõe o § 3º do art. 71 da CRFB/88, têm eficácia de título executivo extrajudicial. Assim, caso o responsável não recolha espontaneamente a dívida perante o próprio Tribunal de Contas, poderá o credor (ente político que o Tribunal de Contas integra ou ente político lesado) ajuizar competente ação de execução judicial.

Observa-se como caminho tradicional o Poder Judiciário, que, em decorrência do princípio da inércia processual ou de jurisdição, não inicia uma lide ou demanda em nome do sujeito de Direito. Nos termos do art. 2º do CPC, o processo se inicia quando a parte ou interessado a requerer e se desenvolve por impulso oficial. Com isso, para a execução do título e o recebimento efetivo do montante fixado, é indispensável a iniciativa do legitimado.

Conforme analisado, tem-se uma hipótese em que o crédito decorrente de multa aplicada pelo Tribunal de Contas a agente público municipal é executado pelo próprio município lesado, qual seja, a multa-ressarcitória (multa proporcional ao dano ao erário). Todavia, definindo que a municipalidade é competente para execução nesse caso, cujo dano é mais grave porque acarreta lesão aos cofres municipais, um problema pode ser suscitado: *como tornar efetiva a execução desse crédito frente às barganhas políticas tradicionalmente presentes nos municípios? Isto é, como incentivar – ou impor – ao legitimado que tome a iniciativa de ajuizar respectiva ação de execução?*

Essa dúvida é relevante uma vez que no contexto brasileiro é perceptível uma confluência forte entre a administração do Estado e o abuso da influência política, o que pode maximizar os níveis de corrupção e de baixa eficiência.

Trazendo a análise para os governos municipais, é nítida a existência de práticas patrimoniais,⁵ em que se utiliza das instituições públicas como moeda de troca por apoio político, para atender a clientelas específicas (clientelismo), para benefício familiar (nepotismo), entre outras hipóteses. Assim, sendo o governo municipal brasileiro marcado pelo forte comando diretivo do prefeito, verifica-se uma forte tradição dessas práticas e a lealdade com o prefeito pactuada como relação de confiança.

Diante dessa interface político-administrativa, é comum a realização de acordos e barganhas políticas entre o Executivo e os demais poderes, visando a maior ‘liberdade’ para executar suas políticas e preservar seu *status* político.

Em decorrência disso, é nítido o risco de se ensejar uma baixa efetividade na busca pela recomposição do erário e pela multa proporcional ao dano, uma vez que a execução do crédito em análise, decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual, pode ser prejudicada ou retardada por ‘esforço político’. Isto é, por mero interesse político e jogo de poder, é possível que o responsável consiga, por meio de barganha política, retardar ou evitar a iniciativa do município para ajuizamento de ação de execução.

Ademais, ainda que se execute o crédito em análise, soma-se o fato de que o Poder Judiciário tem apresentado dificuldades em atender aos anseios do jurisdicionado na busca por uma tutela efetiva e em um tempo razoável. Por essa razão, surge a necessidade de buscar um mecanismo eficaz que garanta a efetividade desse procedimento, de modo que o município não fique inerte frente às situações de barganhas políticas e, ainda, consiga uma resposta de forma célere.

Para isso, importa mencionar o sistema de múltiplas portas, apresentado inicialmente na Universidade de Harvard,⁶ que, resumidamente, visou introduzir no Poder Judiciário norte-americano a oferta de várias opções para a resolução das disputas. Assim, como alternativa viável de enfrentamento da crise de efetividade que abala a entrega da tutela jurisdicional, seria necessário identificar o método mais adequado de solução daquele conflito.

No tocante ao tema, importa destacar as serventias extrajudiciais, que, nos termos do art. 236 da Constituição da República de 1988, são necessárias ao sistema de justiça, uma vez que desempenham atividades típicas do Poder Judiciário, contribuindo para a evolução do fenômeno da desjudicialização e para a consolidação da Justiça multiportas brasileira. Inclusive, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis aprovou em março de 2022 o Enunciado 707, que prevê que as serventias extrajudiciais integram o sistema brasileiro de justiça multiportas.

Entre as serventias extrajudiciais, destaca-se, aqui, o protesto de título executivo extrajudicial. De acordo com o art. 1º da Lei n.º 9.492/97 (Lei dos Protestos), o protesto consiste no “ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em título e outros documentos

5 DE ARAÚJO, P. G.; PEREIRA, J. R. Análise da aplicabilidade do modelo gerencial na administração municipal. *Revista de Administração Pública*, v. 46, n. 5, p. 1179-1199, 2012.

6 SANDER, Frank E. A. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, L. A.; RUSSEL, W. R. (Ed.). *The pound conference: perspectives on justice in the future*. Saint Paul: West Publishing Co., 1979.

de dívidas”⁷. De acordo com a doutrina,⁸ é possível identificar como função primeira ou precípua do protesto a comprovação da inadimplência de obrigações constantes de títulos e documentos de dívidas, na medida em que serve como meio de prova. Ademais, também tem como função secundária o combate à inadimplência mediante a coerção do devedor contumaz, contribuindo de forma essencial para o progresso do mercado de crédito.

O protesto se destaca entre as hipóteses de desjudicialização para o presente caso, uma vez que, apesar de ser um ato formal que deve ser realizado nos termos predeterminados na Lei de Protestos⁹, se caracteriza como um ato extrajudicial, realizado independentemente de autorização judicial. Em que pese o protesto extrajudicial fosse usado inicialmente em âmbito cambial, o art. 1º da Lei 9.492/1997 inseriu os documentos de dívidas como objeto do protesto, ampliando de forma significativa a aplicação do instituto.¹⁰

Entre os documentos passíveis de protesto, enquadram-se os títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Portanto, é possível concluir pela possibilidade de protesto das decisões condenatórias dos tribunais de contas estaduais que atribuem débito e/ou multa, uma vez que consistem em títulos executivos extrajudiciais, como exaustivamente apontado. Entre suas vantagens, nota-se uma celeridade do procedimento, uma vez que será registrado em três dias úteis contados da protocolização do título ou documento de dívida, nos termos do art. 12 da Lei nº 9.492/1997. Além disso, trata-se de um meio prático para recuperação de crédito, tendo em vista a possibilidade de tramitação totalmente eletrônica, nos termos autorizados pelo parágrafo único do art. 193 do CPC.

Inclusive, no estado de Minas Gerais, visando instrumentalizar e tornar mais célere o protesto extrajudicial de decisão judicial condenatória transitada em julgado, que represente obrigação pecuniária líquida, certa e exigível, foi publicado o Provimento Conjunto nº 108. Esse provimento visa inovar o Judiciário mediante a utilização do Sistema PJe por parte dos Tabelionatos de Protesto (ProtestoJud - Protesto extrajudicial de decisões judiciais via PJe), de modo a potencializar a instrumentalidade e celeridade do procedimento.

Basicamente, uma vez transcorrido o prazo para pagamento voluntário do crédito designado em decisão judicial, independentemente de intimação, o credor poderá requerer que a decisão seja levada a protesto, apresentando, nos autos eletrônicos, “Formulário de Requerimento de Protesto (constante no anexo do Provimento)” devidamente preenchido e planilha de cálculo atualizado do crédito.

Não obstante, observa-se que o protesto tem o legítimo efeito de gerar o abalo no crédito do devedor, sendo este um dos principais fatores que levam a altos índices de satisfação da obrigação, porque a restrição do crédito pode levar o devedor a abandonar sua conduta protelatória para pagar a dívida. Esse efeito surge em decorrência da publicidade do protesto junto às entidades de proteção ao crédito.¹¹ Portanto, o protesto seria um meio eficaz de execução de crédito decorrente de multa aplicada pelo Tribunal de Contas estadual a partir de um título executivo extrajudicial, qual seja, o acórdão do Tribunal, frente à morosidade do Judiciário. Isto é, constitui uma alternativa legítima, célere, segura e eficaz para o resgate dos créditos, capaz de resultar na redução das ações judiciais e consequente desafogo do Poder Judiciário.

Assim, consiste em um mecanismo para consecução do melhor resultado possível e o máximo proveito com o mínimo de recursos humanos e financeiros, atendendo ao princípio constitucional básico da

7 BUENO, Sérgio Luiz José. *O Protesto de Título e Outros Documentos de Dívidas: Aspectos Práticos*. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Sergio Antônio Fabris, 2011, p.19-20.

8 LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: Teoria e Prática*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 660.

9 BUENO, Sérgio Luiz José. *O Protesto de Título e Outros Documentos de Dívidas: Aspectos Práticos*. 1ª ed. Porto Alegre: Editora Sergio Antônio Fabris, 2011, p. 20-21.

10 LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos: Teoria e Prática*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 660-662.

11 BUENO, Sérgio Luiz José. *Tabelionato de protesto*. Coordenação Christiano Cassettari. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção cartórios). p. 61.

administração pública de eficiência. Todavia, ainda é necessário ao credor requerer que a decisão seja levada a protesto. Portanto, o risco de inércia da municipalidade ainda persiste.

Por essa razão, é importante que o Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas estadual se utilize de mecanismos de imposição do protesto extrajudicial, no caso de não cumprimento voluntário da obrigação pelo agente municipal e/ou no caso de inércia da própria municipalidade ao buscar a execução do crédito decorrente de multa aplicada por decisão condenatória. Inclusive, basta o encaminhamento do documento para a serventia extrajudicial de protesto, já que vigora a inversão do pagamento de custas cartorárias, sendo essas a cargo do devedor, sendo despiciendo seu adiantamento.

Para isso, seria importante que as unidades técnicas do Tribunal de Contas incluíssem os dados dos processos em uma matriz de risco, de forma a subsidiar futuras ações de fiscalização e a fim de verificar, após transcorrido o prazo para cumprimento voluntário da obrigação, se o responsável ainda se encontra inadimplente e/ou se houve a execução ou não do título por meio do protesto extrajudicial, para fins de efetivação do princípio constitucional da eficiência.

Verifica-se essa competência de fiscalização, na medida em que o Ministério Público de Contas, que atua junto ao Tribunal de Contas do Estado, fortalece o controle social da gestão pública, sendo um órgão que acompanha a regularidade do exercício do próprio Tribunal de Contas, bem como defende a ordem jurídica, mediante a adoção de fiscalização da administração e dos cofres públicos. Por essa razão, inclusive, é obrigatória a sua participação nos processos de prestação de contas dos agentes públicos, tendo o dever de buscar a recomposição dos recursos públicos desfalcados.

4 CONCLUSÃO

A tese fixada no Tema 642 de Repercussão Geral, pelo STF, deixa em aberto algumas lacunas sobre a matéria, como: (i) se é pressuposto para execução do crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas a responsabilização do agente público municipal mediante decisão condenatória; e (ii) se abarca todo e qualquer dano – inclusive sem ser monetário – ou somente as hipóteses de dano ao erário.

A primeira conclusão que pode ser extraída é a de que, para que o município tenha legitimidade para executar o crédito, é necessária prévia responsabilização do agente público municipal por meio de uma decisão condenatória que transitou em julgado e que, portanto, tenha eficácia de título executivo extrajudicial (art. 71, §3º, CRFB/88).

A segunda conclusão, levando em consideração as singularidades, natureza jurídica e propriedades distintivas da matéria jurídica que envolve a competência para execução de multas aplicadas pelos tribunais de contas, é a de que a tese se aplica somente aos casos de dano monetário (dano ao erário), já que somente nesse caso a municipalidade terá o interesse direto em seu ressarcimento. Isso porque, ao ente municipal lesado, é atribuída a legitimidade para execução de acórdão do Tribunal de Contas estadual quando, identificando prejuízo aos cofres públicos municipais, há condenação do agente público municipal a recompor o dano suportado pelo erário (imputação de débito).

No mesmo sentido, a decisão que fixa multa-ressarcitória também deve ser executada pelo ente prejudicado, uma vez que consiste em multa de natureza acessória, isto é, multa proporcional ao dano causado, devendo, portanto, acompanhar o principal, que é a imputação de débito acerca do dano ao erário a ser ressarcido.

Definindo em qual situação a municipalidade será competente, surgem alguns obstáculos de como efetivar a execução do crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas a agente público municipal. Isso se dá pelo fato de a execução ser por meio de ação judicial e, em decorrência do princípio da inércia da jurisdição, depender de requerimento da parte para posterior impulso oficial.

Destarte, entre tais dificuldades, mencionam-se as tradicionais práticas de barganhas políticas, em decorrência da existência de uma forte tradição de práticas patrimoniais e a 'lealdade' com o prefeito pactuada como relação de confiança. Assim, por uma questão de interesse político, é possível que o responsável consiga, por meio de barganha política, retardar ou evitar a iniciativa do município para ajuizamento de ação de execução.

Ademais, outra dificuldade é a morosidade do Poder Judiciário, uma vez que este não consegue atender aos anseios do jurisdicionado na busca por uma tutela efetiva e em um tempo razoável. Diante disso, menciona-se o protesto extrajudicial como mecanismo eficaz para a execução desse crédito, enquanto serventia extrajudicial que integra o sistema brasileiro de justiça multiportas. Isso porque consiste em uma alternativa legítima, célere, segura e eficaz para o resgate dos créditos, capaz de resultar na redução das ações judiciais e consequente desafogo do Poder Judiciário, atendendo ao princípio constitucional básico da administração pública de eficiência.

Contudo, por ainda depender da iniciativa do credor para que a decisão seja levada a protesto, o risco de inércia da municipalidade ainda persiste. Logo, torna-se relevante o papel do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas estadual para fins de estabelecer mecanismos de imposição do protesto extrajudicial, no caso de não cumprimento voluntário da obrigação pelo agente municipal e/ou no caso de inércia da própria municipalidade ao buscar a execução do crédito.

Para esse fim, seria importante que as unidades técnicas do Tribunal de Contas incluíssem os dados dos processos em uma matriz de risco, de forma a subsidiar futuras ações de fiscalização do cumprimento da respectiva obrigação pecuniária.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E OS TRIBUNAIS DE CONTAS



Sara Meinberg Schmidt de Andrade Duarte

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.
Pós-Graduação em Poder Legislativo (especialização) na PUC Minas.

Diego Felipe Mendes Abreu de Melo

Oficial de Controle Externo. Pós-Graduação em Gestão Pública (especialização)
na Escola de Contas e Capacitação Professor Pedro Aleixo.

O que se conhece hoje por “princípio da insignificância” consiste em uma teoria jurídica desenvolvida na doutrina alemã, que ficou conhecida por um de seus expoentes, o jurista Claus Roxin. A teoria baseia-se na ideia de que o Direito Penal deve intervir apenas em caso de lesão ou ameaça relevante a bens jurídicos protegidos pela lei. Segundo Roxin, a intervenção do Direito Penal deve ser vista como a última medida a ser tomada pelo Estado, uma vez que ela pode implicar consequências graves para a vida do indivíduo.

Assim, o princípio da insignificância busca identificar condutas que, apesar de serem formalmente típicas, não causam lesão ou ameaça relevante a bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Para que uma conduta seja considerada insignificante, ela deve ser minimamente ofensiva, não apresentar periculosidade social e a culpabilidade do agente deve ser reduzida.

Consoante o próprio Roxin, a conclusão pela insignificância da conduta precisa ser obtida mediante exercício de “interpretação restritiva orientada em direção ao bem jurídico protegido”.¹ Opera-se, portanto, no plano interpretativo e repercute na atração ou no afastamento do Direito Penal, conforme o caso.

Na jurisprudência brasileira, o princípio da insignificância acabou incorporando elementos da teoria da tipicidade conglobante, elaborada no Direito argentino, mais conhecida por meio de Eugenio Raúl Zaffaroni.² Segundo essa teoria, para que efetivamente haja fato típico, é indispensável não apenas haver a subsunção da conduta à norma penal (tipicidade formal), mas também que haja lesividade concreta e relevante ao bem jurídico tutelado (tipicidade material).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) é pacífica na parametrização da aplicação do princípio da insignificância em matéria penal. Como o STF reiterou no julgamento do Agravo Regimental

1 ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I: fundamentos*. Diego-Manuel Luzón Pena et all. 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p. 296-297, tradução nossa.

2 “(...) o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa.” Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Direito penal brasileiro – parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 408.

em Habeas Corpus nº 175.945,³ há quatro critérios a serem atendidos para que se possa aplicar o referido princípio:

- Mínima ofensividade da conduta do agente: a conduta deve ser de pouca gravidade, sem causar prejuízos significativos ou lesões relevantes a bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.
- Ausência de periculosidade social: o agente não deve ter antecedentes criminais, nem sua conduta oferecer perigo à sociedade.
- Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento: a conduta do agente deve ser considerada de pouca importância social, com baixo grau de reprovabilidade.
- Inexpressividade da lesão jurídica causada: a lesão ou prejuízo decorrente da conduta deve ser insignificante, não sendo necessária a intervenção penal para punir o agente.

A título de exemplo, após admitida a denúncia, o juiz poderá reexaminar a tipicidade da conduta apontada como criminosa; caso não seja constatado o aspecto material do tipo (tipicidade conglobante), procederá à absolvição sumária do réu, por ausência de crime (art. 397, III, do CPP⁴).

Embora a teoria do princípio da insignificância tenha sido elaborada para o Direito Penal, em tese, não haveria óbice em estender sua aplicação para todos os casos em que se discute a aplicação de penas. Afinal, a pretensão punitiva estatal não deve se voltar para a repressão de ilícitos de baixíssima gravidade, sob pena de o aparato do – e para o – Estado Democrático se transformar em mero simulacro de um mecanismo para opressão e tirania.

É necessário notar, porém, que plano de incidência das balizas para aplicação do princípio da insignificância se refere ao poder punitivo estatal, à imputação de penas, sem alcançar as demais naturezas sancionatórias do ordenamento jurídico.

Ainda assim, há intensa discussão, na teoria jurídica nacional, sobre a (im)possibilidade de trasladar o princípio da insignificância para eliminar pretensões puramente ressarcitórias, principalmente aquelas que envolvem o restabelecimento do *status quo ante* do erário lesado por conduta ilícita de agente público.

A matéria ganha especial relevo no âmbito dos tribunais de contas, haja vista que estes órgãos têm recorrentemente invocado o princípio da insignificância para afastar a obrigação de ressarcimento, ou mesmo para desconsiderar o não atingimento de índices constitucionais aferidos para emissão de parecer prévio sobre as contas de governo dos chefes do Poder Executivo.

Enquanto o Direito Penal tem como objetivo a proteção de bens jurídicos fundamentais, em manutenção da coesão social, o Direito Administrativo volta-se à materialização das políticas públicas e à disciplina das relações de poder Estado-povo, as quais, no Estado Democrático, devem ser organizadas conforme o povo – a verdadeira fonte de autoridade – e para o povo.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 175.945/PR*. (...) O entendimento do STF é firme no sentido de que o princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (i) mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada, ressaltando, ainda, que a contumácia na prática delitiva impede, em regra, a aplicação do princípio (...). Relator: Min. Roberto Barroso, 27 de abril de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur424095/false>. Acesso em: 14 mar. 2023.

4 Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (...) III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; (...).

Nesse sentido, o controle externo outorgado pela Constituição da República ao Tribunal de Contas implica o papel de controlador da juridicidade e economicidade do principal instrumento viabilizador das prestações estatais e do exercício digno da vida social: a atividade financeira estatal.

No plano das contas de governo, reconhecer a insignificância de percentuais constitucionais mínimos não atingidos, como aqueles fixados para despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino e as ações e serviços públicos de saúde (artigos 198, §§ 2º e 3º, e 212, *caput*, da Constituição), pode implicar a substituição do Poder Constituinte para modificar a norma constitucional.

Não se questiona a aplicação concreta da Constituição, a qual permite, por força do contraditório, a não aplicabilidade até mesmo de regra universal dela emanada, desde que apresentados os fundamentos jurídicos excepcionais que exijam o tratamento diferenciado, o que potencialmente envolve a demonstração de não lesividade a direitos fundamentais e ao interesse público.

Para que a aplicação concreta da norma constitucional não se convolva em usurpação de competência legislativa ou arbitrariedade (decisão livre de qualquer persuasão racional juridicamente válida) ou mero casuísmo, incompatível com o paradigma democrático, é imprescindível que a autoridade decisora motive suas conclusões e torne, assim, sindicável a plausibilidade de incidência do princípio da insignificância ao caso.

Essa motivação consiste ao menos em demonstrar a satisfação de todos os requisitos para aplicação do princípio da insignificância, fixados na mencionada jurisprudência pacífica do STF – e adaptados para atividade de controle externo –, no exercício do poder punitivo do Tribunal de Contas e, excepcionalmente, na emissão de parecer prévio em contas de governo:

- i. mínima ofensividade da conduta do agente, de forma que o ente federado tenha provado atingimento de bons índices aferidores da qualidade da política pública em questão;
- ii. ausência de antecedentes do gestor público (“ausência de periculosidade social”), seja em contas de governo seja em contas de gestão;
- iii. reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, o que torna imprescindível examinar as circunstâncias que levaram o gestor ao descumprimento da norma, como calamidades públicas e atrasos em repasse de receitas;
- iv. inexpressividade da lesão jurídica causada, ou seja, baixa materialidade tanto em valores relativos (percentuais) quanto em valores absolutos.

A motivação baseada nesses critérios também é indispensável nas contas de gestão, esfera em que comumente o exame da insignificância poderá ocorrer, pois consiste de gênero procedimental em que, após a instauração do contraditório, é possível a aplicação de pena ao responsável.

Por outro lado, a ordem jurídica processual-constitucional não comporta a incidência do princípio da insignificância sobre o dever de ressarcimento de dano ao erário.

Constatada a ocorrência de dano, a própria Constituição da República determina sua indenização, tendo adotado o princípio da reparação integral:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...).

Ainda que a pretensão indenizatória da parte seja de baixa monta, não compete ao Estadojuiz decidir por sua insignificância e extinguir, com resolução de mérito, qualquer eventual direito de crédito do autor decorrente de ato lesivo do réu. É possível desqualificar a ocorrência de dano *per se* e, dessa forma, não mais haver o que indenizar; porém, não se cogita de, após apurada a lesão, extingui-la por ser insignificante segundo o juízo da autoridade decisora, tornando o prejuízo isento de obrigação indenizatória.

Se o próprio texto constitucional, como comando civil geral, não relativiza o direito de reparação integral do dano material ou moral, que interpretação sistêmica legitimaria a aplicação do princípio da insignificância para lesões ao erário – matéria do Direito Administrativo e Financeiro –, do qual partem os recursos para satisfação do interesse público? Seria um contrassenso que o Tribunal de Contas, órgão ao qual compete tutelar o erário em nome do interesse público, acabasse por negar a tais recursos a proteção que lhe seria devida.

Ou pior: afastar o ressarcimento de dano ao erário com fundamento na insignificância do débito consistiria em o Tribunal de Contas se arrogar (ilegitimamente) como substituto do credor (ente lesado) para renunciar o que lhe é devido.

Os tribunais de contas não exercem tutela sobre seus jurisdicionados, os quais falam e devem falar em nome próprio sobre a gestão e a defesa de seus recursos financeiros, sob pena de quebra, até mesmo, do pacto federativo, da divisão dos poderes e da dialeticidade ínsita ao paradigma de Estado Democrático de Direito.

Não pode o Estado-juiz, no caso o Tribunal de Contas, declarar a perda da pretensão do ente “X” em face do agente “A”, sem que sequer a “X” seja oportunizado o exercício do contraditório.

Consistiria, claramente, numa infração processual de alçada constitucional: o órgão de controle externo decidiria sobre o direito material de titularidade de terceiro (objeto da pretensão ressarcitória) sem que o principal atingido fosse ouvido, como se operasse uma substituição processual ilegítima – não prevista no ordenamento jurídico – em desfavor de “X”.

Tome-se, por exemplo, um município mineiro que instaure uma tomada de contas especial para reaver dano causado ao seu patrimônio. Ao final da fase investigativa do procedimento, o tomador de contas conclui pela ocorrência de dano ao erário de R\$ 150.000,00 e atribui sua responsabilidade a um agente público. Porém, iniciada a fase externa da tomada de contas especial, com a apresentação de defesa do responsável citado e outras medidas de instrução processual, o Tribunal de Contas chega à conclusão de que o dano foi de R\$ 1.000,00, e não de R\$ 150.000,00, como apurado pelo ente municipal. Note-se que, neste caso hipotético, operou-se, com a citação, a preclusão *pro judicato*⁵ em relação à competência *ratione valoris*⁶ do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.⁷ Além disso, em atenção ao princípio da primazia do mérito, não é possível proceder à prolação de acórdão sem resolução do mérito.

5 Espécie de preclusão que se opera contra a própria autoridade decisora. “Se o juiz pratica um ato, a única forma de realizar outro em sentido contrário ao previamente realizado consiste em revogar o anterior, o que lhe será obstado, no mais das vezes, não pela preclusão lógica, mas pela preclusão consumativa já que, uma vez praticado o ato, a impossibilidade de novo pronunciamento em sentido contrário advém justamente da existência prévia de ato consumado, ou, em outras palavras, de preclusão consumativa”. Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 27.

6 O valor de alçada das tomadas de contas especiais consiste em requisito de competência relativa do tribunal de contas em razão do valor (*ratione valoris*). Cf., por exemplo, Recurso Ordinário nº 969.239, de 16, de novembro de 2016 (Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais).

7 É importante considerar que a definição de valores de alçada pelos tribunais de contas apenas define regra de competência relativa para esses órgãos, como decorrência do princípio constitucional da eficiência. Na hipótese de o dano encontrar-se abaixo do valor de alçada, sem que haja citação válida, a tomada de conta especial deve ser arquivada sem decisão resolutive de mérito, **sem cancelamento do débito**.

Na linha do mesmo exemplo, aplicar o princípio da insignificância aos R\$ 1.000,00 corresponderia a declarar inexistente o débito, fulminando a pretensão de um ente federado, que, mediante a própria instauração de tomada de contas especial – embora decorrente de um dever legal –, visava à restituição de quantia em que foi lesado. Tal situação seria um absurdo jurídico.

Embora o princípio da insignificância tenha sido uma teoria de grande relevância como marco civilizatório no Direito brasileiro, é preciso não se descurar para sua banalização, já em andamento, com o desvirtuamento de suas balizas e possibilidades de incidência, além do risco de servir como panaceia para casos difíceis.

Como se pode observar, é preciso que os tribunais de contas tenham cautela na trasladação de teses jurídicas aplicáveis em outros ramos do Direito, pois, a pretexto de representarem inovação jurídica, obtêm resultado completamente diverso e danoso: acabam por subverter a ordem democrática e o princípio federativo, com os quais estão comprometidas constitucionalmente.

No caso do princípio da insignificância, sua aplicação no âmbito do controle externo somente seria possível no exercício do poder punitivo e, excepcionalmente, na emissão de parecer prévio das contas de governo, desde que satisfeitas as balizas do STF para sua aplicação no Direito brasileiro. Porém, mostra-se completamente inviável sua adoção do princípio para fins de desconsideração de débito relativo a dano ao erário, pois equivaleria a incorrer em substituição processual ilegítima e a importar na supressão do dever constitucional de reparação integral.

Artigos de jurisprudência

TEMA 899 DA REPERCUSSÃO GERAL – RE 636.886-RG/AL

As repercussões nos tribunais de contas do reconhecimento pelo STF da prescritibilidade do ressarcimento ao erário



Jarbas Soares Júnior

Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais nos biênios 2005-2006, 2007-2008, 2021-2022 e 2023-atual. Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e da Habitação e Urbanismo (Caoma). Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Ceaf). Membro do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) nos biênios 2011-2013 e 2013-2015. Presidente Emérito da Associação Brasileira do Ministério Público do Meio Ambiente (Abrampa). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou, em 20 de abril de 2020, o Tema 899 da Repercussão Geral – RE 636.886-RG/AL,¹ fixando a tese no sentido de que é “prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”, modificando a jurisprudência até então firmada na imprescritibilidade nesses casos.

No cenário recente, em que as cortes de contas figuram em diversos julgados do STF, que rotineiramente tem alterado significativamente a jurisprudência até então vigente, o julgamento do Tema 899 da Repercussão Geral – RE 636.886-RG/AL e as discussões daí decorrentes acabaram por ganhar especial relevância, vez que impacta, até mesmo, o funcionamento dos tribunais de contas.

O acórdão ficou assim ementado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE.

1. A regra de prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado.

2. Analisando detalhadamente o tema da “prescritibilidade de ações de ressarcimento”, este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu que, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública.

3. A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e

¹ STF. RE nº 636.886/AL, Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4046531>. Acesso em: 8 mar. 2023.

apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento.

4. A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).

5. Recurso Extraordinário DESPROVIDO, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Fixação da seguinte tese para o TEMA 899: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

(RE 636886, Relator(a): Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 20.04.2020, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-157, divulg. 23.06.2020, public. 24.06.2020)

No julgamento em epígrafe, o Plenário do STF, acompanhando por unanimidade o voto do ministro relator Alexandre de Moraes, negou provimento ao recurso extraordinário interposto pela União, para manter a extinção da ação de execução de acórdão do Tribunal de Contas da União (TCU), pelo reconhecimento da prescrição, fixando a tese transcrita no início do presente artigo.

Para tanto, o acórdão se alicerçou em quatro pontos: a) a excepcionalidade da imprescritibilidade, que deve ser taxativamente indicada na Constituição; b) os entendimentos previamente fixados pelo Supremo Tribunal Federal nos Temas 666² e 897³, que garantiram a excepcionalidade da tese da imprescritibilidade apenas aos atos dolosos de improbidade que impliquem ressarcimento ao erário; c) por não ser órgão judicial, a Corte de Contas não analisa a existência ou não de ato doloso de improbidade administrativa; e, por fim e consequência, d) por não ser um feito judicial, não é plena a garantia do contraditório e ampla defesa nos julgamentos no âmbito dos tribunais de contas.

Com efeito, no que concerne às ações de ressarcimento ao erário, a única exceção atualmente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal refere-se à prática de ato doloso de improbidade administrativa, a qual é exclusivamente apurada pelo Poder Judiciário.

Assim, o Tema 899 do STF acabou por alterar o entendimento firmado desde setembro de 2008, no julgamento do MS 26.210/DF,⁴ de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, que, promovendo a interpretação da ressalva constante na parte final do § 5º do art. 37 da Carta Magna, decidiu pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento de danos ao erário e, na mesma oportunidade, decidiu pela imprescritibilidade do processo de Tomada de Contas Especial (TCE) de competência do Tribunal de Contas. À época, em consequência, o Tribunal de Contas da União editou a Súmula nº 282, que dispõe que “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”.

Contudo, em que pese a decisão de mérito em repercussão geral possuir aplicação imediata, independentemente do trânsito em julgado, o julgamento do Tema 899 não levou à esperada e natural revisão do entendimento vigente até então, e o alcance da decisão tornou-se objeto de debates entre doutrinadores e juristas que atuam nas cortes de contas, enfrentando, inclusive, resistência do Tribunal de Contas da União.

2 Tema 666 do STF: “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

3 Tema 897 do STF: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

4 STF. MS nº 26.210/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2430142>. Acesso em: 9 mar. 2023.

Nesse sentido, quando do julgamento do Tema 899 pelo Supremo, a corrente contrária a sua aplicação de pronto alegou que a substancial mudança do entendimento vigente resultaria em uma conjuntura devastadora, na qual 65% dos débitos imputados seriam considerados prescritos e outros 24%, parcialmente prescritos.

Para além de tal receio, em junho de 2020, o TCU divulgou, no Boletim de Jurisprudência nº 315, julgado⁵ indicando que não modificaria sua jurisprudência para adotar o Tema 899 do Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que o prazo prescricional tratado pela Excelsa Corte somente se aplicaria à fase judicial de execução do título extrajudicial baseado em decisão de Tribunal de Contas.

À vista disso, não obstante o entendimento anterior estabelecido pelo STF no MS 26.210/DF tenha sido superado no julgamento do Tema 899, criou-se verdadeira anomalia jurídica, na qual a Súmula 282 do TCU passou a prevalecer sobre a decisão do Supremo em sede de repercussão geral.

Necessário mencionar, ainda, que, em decisões mais recentes, a Corte de Contas da União manteve o entendimento da imprescritibilidade, mas estabelecendo a necessidade de configuração do ato de improbidade administrativa doloso. Frisa-se, todavia, ser expressamente vedado ao Tribunal de Contas realizar juízo de aferição do elemento subjetivo doloso nas condutas de improbidade.

Fato é que o posicionamento do Tribunal de Contas da União prevalece até os dias atuais e emergiu como o principal sustentáculo dos entendimentos desfavoráveis ao Tema nº 899 do STF, sendo tal fundamentação adotada por doutrinadores, estudiosos e replicada na maioria das cortes de contas estaduais. No entanto, esse entendimento não é unânime.

Desponta na outra corrente o Tribunal de Contas do Estado de Goiás (TCEGO), que adotou entendimento alinhado à redação do Tema nº 899 do Supremo Tribunal Federal, pela prescritebilidade da pretensão de ressarcimento ao erário exercida pelo Tribunal de Contas.

Nesse ponto, vale citar, a título exemplificativo, o julgamento realizado pelo TCEGO no dia 1º de abril de 2021, materializado no Acórdão nº 1.695/2021 (autos nº 201900047001232)⁶, que, em voto da conselheira relatora Carla Santillo, seguida por seus pares, extinguiu o processo com resolução do mérito, em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão reparatória daquela corte.

Na espécie, a conselheira relatora destacou que a aplicação da prescrição, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tem como escopo garantir a segurança jurídica e coibir o desprezo aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Também em sentido contrário ao majoritário e seguindo sua vocação vanguardista, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG), por meio da Segunda Câmara, decidiu, de forma inédita, em sessão do dia 15 de abril de 2021, no âmbito do Processo nº 888.118,⁷ pela aplicação da prejudicial de mérito relativa à prescrição da pretensão ressarcitória.

5 Acórdão 6.589/2020, Segunda Câmara: O entendimento proferido pelo STF no RE 636.886 (Tema 899 da Repercussão Geral), a respeito da prescritebilidade da pretensão de ressarcimento ao erário com base em decisão de tribunal de contas, alcança tão somente a fase judicial de execução do título extrajudicial, não atingindo os processos de controle externo em trâmite no TCU.

6 TCEGO. Autos nº 201900047001232, Rel. Cons. Carla Cintia Santillo. Disponível em: <http://www.tce.go.gov.br/ConsultaProcesso?proc=331628>. Acesso em: 8 mar. 2023.

7 TCEMG. Autos nº 888.118. Rel. Cons. Subst. Adonias Monteiro. Disponível em: <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/Detalhes/888118#!>. Acesso em: 1 mar. 2023.

Na ocasião, o substancial voto do conselheiro Cláudio Terrão sustentou a referida prejudicial de ofício, sob o argumento de que os processos de controle externo em trâmite na Corte de Contas, tanto os que evidenciam dano ao erário como também a prescrição da pretensão punitiva, estão sujeitos a prescrição. Destacou, ainda, que, “segundo a atual jurisprudência do STF, a ressalva contida no § 5º do art. 37 da Constituição da República somente tem lugar quando reconhecida a existência de ato doloso de improbidade administrativa por meio de ação civil própria”. O voto foi acompanhado pelo conselheiro substituto Adonias Monteiro e pelo conselheiro Sebastião Helvécio, restando vencido o conselheiro Wanderley Ávila.

Merece destaque o voto do conselheiro substituto Adonias Monteiro, no sentido de que o alinhamento da Corte de Contas mineira ao entendimento empossado pelo STF busca cumprir ao que dispõe os artigos 926 e 927, inciso V, do Código de Processo Civil, que preceituam, respectivamente, que os tribunais devam manter sua jurisprudência uniformizada, íntegra, estável e coerente, e que os juízes e os tribunais deverão observar as orientações do seu órgão Pleno.

Trata-se, assim, de julgamento relevante, que representou uma alteração substancial de entendimentos anteriores, superando uma sólida e pacificada jurisprudência uniformizada no TCEMG pelo reconhecimento da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória, para aplicar o disposto na Tese nº 899 do Supremo Tribunal Federal, pela prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário exercida pelo Tribunal de Contas.

Notável, portanto, que, apesar de se tratar de posição majoritária, a resistência à aplicabilidade da Tese nº 899 do STF, capitaneada pelo Tribunal de Contas da União, hoje conta com importante posição contrária liderada por respeitáveis cortes de contas estaduais, de Goiás e de Minas Gerais, alicerçada em fortes argumentos pautados em princípios e dispositivos jurídicos balizados pelo STF.

No entanto, a diversidade de entendimentos hoje existente traz insegurança jurídica aos jurisdicionados, que se veem diante de decisões por vezes contrárias à decisão de mérito em repercussão geral proferida pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, que, em tese, é de aplicação imediata e obrigatória. Decisões, portanto, que contrariam o princípio constitucional da segurança jurídica, garantia fundamental, no qual o instituto da prescrição se apresenta como uma de suas mais importantes dimensões.

É possível, portanto, aferir que a divergência que envolve a questão do alcance do Tema nº 899 da Repercussão Geral – RE 636.886-RG/AL é uma ferida profunda e não se vislumbra um desfecho próximo, o que poderá, até mesmo, vir a demandar novo julgamento sobre a questão pela Suprema Corte, a fim de dar definitiva interpretação à sua própria decisão e, assim, restabelecer a segurança jurídica sobre o tema.

ADI 3804-AL: UMA ANÁLISE À LUZ DO REGIME JURÍDICO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS



José Américo da Costa Júnior

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pós-graduação em Direito Processual Civil pela Faculdade Signorelli. Exerceu a advocacia privada. Foi Auditor de Controle Externo no Tribunal de Contas do Estado do Piauí (TCE-PI), Procurador do Estado (PI), Procurador do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (TCMRJ). Atualmente é Procurador do Ministério Público de Contas dos Municípios de Goiás, onde exerce o cargo de Ouvidor-Geral.

O Ministério Público de Contas (MPC), instituição centenária, responsável pela fiscalização do cumprimento da lei no âmbito do controle externo, notadamente no arco de competências dos tribunais de contas, possui um regime jurídico constitucionalmente definido para os seus membros, a partir da exegese do art. 130 da Constituição da República de 1988, e, à vista dessa temática e do dispositivo constitucional indicado, proponho uma reflexão acerca do julgamento da ADI nº 3804-AL, proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Em decisão unânime nesse julgado, com acórdão relatado pelo ministro Dias Toffoli, o Supremo julgou inconstitucional norma da Constituição de Alagoas que concede autonomia ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas daquele estado (TCE-AL) para propor lei complementar sobre sua organização. Também foi invalidado o dispositivo que permitia a equiparação automática dos vencimentos e das vantagens dos membros do Ministério Público comum aos do MPC. Ademais, decidiu-se que é inconstitucional norma que determine que a organização do Ministério Público especial se dê por meio de lei complementar.

A ementa do julgado é a seguinte:

Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Alagoas. Vinculação administrativa à Corte de Contas. Competência de tribunal de contas para fazer instaurar processo legislativo concernente à organização do ministério público que perante si atua. Norma constitucional estadual que exige lei complementar para dispor sobre a organização do ministério público junto ao tribunal de contas. Inconstitucionalidade. Restrição do arranjo democrático-representativo desenhado pela Constituição Federal e violação do princípio da simetria. Impossibilidade de equiparação de vencimentos e vantagens. Violação do art. 37, inciso XIII, e do art. 130 da CF/88.

1. Segundo precedentes do STF, o ministério público atuante junto a tribunal de contas não detém a prerrogativa de fazer instaurar processo legislativo concernente a sua própria organização e estruturação. Embora seja uma instituição especial, com previsão constitucional expressa, não tem fisionomia institucional própria, encontrando-se intrinsecamente vinculada à estrutura da respectiva corte de contas.

2. Conforme assentado no julgamento da ADI nº 5.003 (Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 19/12/19), a exigência pelo poder constituinte estadual de lei complementar para a disciplina de temas em relação aos quais a Constituição de 1988 não previu tal espécie normativa, para além de não observar a simetria constitucional, “restringe indevidamente o arranjo democrático-representativo desenhado pela Constituição Federal”, razão pela qual é inconstitucional norma que determine que a organização do ministério público especial se dê por meio de lei complementar.

3. O art. 130 da Carta Magna é de repetição obrigatória pelos estados-membros em suas respectivas constituições, não podendo ficar aquém nem ir além do que definido na Constituição Federal (art. 75, caput, da CF/88). É constitucional a expressão “garantias”, pois, quando a Constituição Federal estende aos membros do parquet especial os direitos, as vedações e a forma de investidura dos membros do ministério público comum, está conferindo-lhes as garantias previstas no art. 128, § 5º, da Carta Magna.

4. A extensão automática de vencimentos e vantagens dos membros do ministério público comum aos membros do parquet especial exorbita o modelo normativo proclamado pela própria Constituição Federal em seu art. 130 e transgride a autonomia financeira da respectiva corte de contas estadual e a cláusula proibitória fundada no art. 37, inciso XIII, da Carta da República, que veda a vinculação ou a equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público. Os únicos regimentos do ministério público comum aplicáveis ao parquet que atua junto a tribunal de contas são aqueles que concernem, estritamente, aos direitos (art. 128, § 5º, inciso I, da CF/88), às vedações (art. 128, § 5º, inciso II, da CF/88) e à forma de investidura na carreira (art. 129, §§ 3º e 4º, da CF/88).

5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente.

Em leitura do seu inteiro teor e da ementa acostada, percebe-se que o acórdão colacionado trabalhou a temática da fisionomia institucional do Ministério Público de Contas e o regime jurídico dos seus membros.

Quanto ao primeiro ponto, o STF tem, reiteradamente, negado a fisionomia institucional própria do MPC, sob o argumento de estar tal órgão na intimidade estrutural dos tribunais de contas, tema esse cujo debate já foi encarado em edições anteriores desta Revista, com enorme maestria, de modo que este artigo focará o regime jurídico remuneratório dos membros do Ministério Público de Contas, especificamente, porque o julgado em questão tratou de afirmar que “A extensão automática de vencimentos e vantagens dos membros do ministério público comum aos membros do *parquet* especial exorbita o modelo normativo proclamado pela própria Constituição Federal em seu art. 130”.

Com esse escopo, importa mencionar, de antemão, que o MPC é uma carreira de estatura constitucional, agasalhada no art. 130 da Carta Magna, cuja redação é a seguinte: “Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura”. Esse dispositivo constitucional indica, portanto, a aplicação das disposições da Seção I do Capítulo IV, Título IV, da Constituição da República, aos membros do MPC. O mencionado capítulo trata “Das funções essenciais à Justiça”, ao passo que a seção em comento versa sobre o “Ministério Público”.

Como se percebe, o Constituinte definiu que o regime jurídico dos membros do Ministério Público de Contas engloba três dimensões do regime jurídico do Ministério Público “comum” – aqui nominado dessa forma para efeitos de mera distinção funcional e didática.

A primeira dimensão é a dos direitos. De plano, é imperioso registrar que o Legislador Constituinte Originário aludiu ao termo “direitos” – e não especificamente a alguma espécie de direito, como os são os vencimentos, as vantagens ou mesmo alguma prerrogativa específica de determinado cargo e/ou carreira. Nesse contexto, em sendo a expressão “direitos” necessariamente plúrima, vale dizer, com múltiplos significados semânticos e jurídicos, é necessário categorizar, não exaustivamente, por óbvio, quais seriam os direitos funcionais de um membro de carreira de Estado.

O conceito de direito é extraído da Teoria Geral do Direito, com inúmeras nuanças históricas e epistemológicas, não sendo a pretensão deste escrito esgotar o tema ou mesmo apegar-se a todas as

variáveis possíveis dessa expressão, mas importante se faz partir de um conceito para análise específica da controvérsia instaurada pelo acórdão 3804-AL do STF, notadamente no campo do direito subjetivo aplicado às relações de trabalho.

Nessa seara, a relação jurídica estabelecida entre os servidores públicos e os membros de poder com a administração pública, no campo do Direito Público, Administrativo por excelência, ganha a conotação de regime estatutário, por se tratar de um complexo de regras de natureza legal aplicável a essas relações entre membros/servidores públicos e a administração. Vale ressaltar que os membros de poder e carreiras de Estado de órgãos autônomos, por sua essencialidade, possuem um regramento básico constitucionalmente definido, de modo a firmar premissas para a elaboração de seus regimes jurídicos funcionais.

Dito isso, o trabalhador, *in casu*, o agente público, com um vínculo laboral sob regime de Direito Administrativo com a administração pública, possui o dever jurídico de ofertar sua força laboral no exercício das funções constitucional e legalmente definidas para o cargo que ocupar. Em contraprestação ao seu desempenho funcional, esse agente (como qualquer outro trabalhador, saliente-se) possui um rol de direitos e vantagens, a depender do regime jurídico de cada cargo, carreira ou categoria, sendo que a Constituição da República já assegura um patamar mínimo de direitos a todos os trabalhadores brasileiros, incluindo servidores públicos e membros de poderes (art. 39, § 3º, CR/1988). Assim, a contraprestação pelo trabalho do agente público é dada por meio da sua remuneração globalmente entendida, a qual inclui vencimentos (ou subsídio), vantagens, benefícios e outros direitos que a lei assegurar.

Assim, direitos do agente público, na acepção da relação estatutária em apreço, vem a ser qualquer contraprestação (em pecúnia ou *in natura*) definida para fazer frente ao dispêndio de energia laboral pelo agente público em prol da administração, assumindo a condição de gênero de uma categoria cujas espécies variam de acordo com o regime jurídico definido pelo Legislador ordinário: vantagens, benefícios, etc.

Importante mencionar ainda, quanto a esse aspecto da dimensão constitucional e social dos direitos dos agentes públicos, que o artigo 39 da Carta Magna, em seu § 1º e respectivos incisos, assinala os critérios básicos para definição dos padrões de vencimento e demais componentes do sistema remuneratório, os quais observarão:

Art. 39. (...), § 1º (...):

I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

II - os requisitos para a investidura;

III - as peculiaridades dos cargos.

A intenção do Legislador Constituinte no indicado art. 39, § 1º, harmoniza-se perfeitamente com a dicção do art. 130, no que toca à estipulação do regime remuneratório e vantagens funcionais dos membros do Ministério Público de Contas. Senão, vejamos pormenorizadamente cada um desses critérios.

Inicialmente, sobre a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes da carreira, assim como as suas peculiaridades, insta destacar que o membro do Ministério Público de Contas desenvolve as funções ministeriais em sede judicante, no âmbito do Tribunal de Contas, de forma completamente similar aos demais ramos do Ministério Público, ao atuar como fiscal da lei (*custos legis*)

ou mesmo proativamente, mediante representações e procedimentos apuratórios próprios, guardadas, apenas, as devidas particularidades das matérias de atuação, voltadas primordialmente ao controle externo da administração pública, embora com impacto em toda a sociedade.

Sob esse enfoque, da particularidade da carreira, é fundamental atentar para o fato de que o quadro funcional dos MPCs costuma ser numericamente pequeno, raramente ultrapassando o quantitativo de cinco membros atuantes perante a Corte de Contas, atraindo para si, com isso, uma carga excessiva de serviço, em face da obrigação de fiscalizar o cumprimento da lei em dezenas ou mesmo centenas de municípios, todo um estado ou até a União, com variadas e numerosas unidades gestoras e ordenadores de despesas. Não há uma segregação por comarcas ou mesmo por matérias especializadas de atuação, via de regra, como há nos demais ramos do MP, dada a necessidade decorrente do amplo espectro de análise da gestão pública.

No tocante aos requisitos de investidura, o próprio Constituinte encarregou-se de exigir, para ingresso na carreira do MPC, os mesmos requisitos aplicáveis aos membros do MP comum, conforme dicção do art. 130, ao ordenar a aplicação das disposições da seção em que se encontra no que toca a esse aspecto funcional, assim como o fez em relação às vedações e aos direitos, conforme já destacado.

A toda evidência, o Legislador Constituinte intentou dotar o membro do MPC de idêntica fisionomia funcional prevista para os membros do MP comum, não só remuneratória, considerando que houve atribuição de direitos iguais para vedações e forma de investidura também iguais, em um paralelismo de indubitosa equiparação entre carreiras ontologicamente ligadas, embora situadas em órgãos diversos.

Ora, o só fato de sujeitar o membro do MPC ao mesmo rol de vedações inerentes aos membros do Ministério Público comum implica incompatibilidade a uma série de atividades (art 128, § 5º, II, CR/88) que, por sua natureza, podem, em tese, afetar a independência funcional do membro do *parquet* – um dos pilares e prerrogativas primordiais para o exercício de atividades dessa natureza.

Não seria coerente, no nível de isonomia e melhor técnica constitucional, dotar determinada carreira, em tudo congênere, tanto pela função como pela nomenclatura e atribuições, além da posição tópica que ocupa no texto constitucional, de um regime jurídico que implique idênticas vedações e formas de investidura de uma outra carreira, sem que a contrapartida laboral principal, qual seja, o regime remuneratório, acompanhe essas severas restrições. Vale dizer e repetir: se assim o fosse, a contrapartida pelo exercício funcional restaria desvinculada das premissas constitucionais que moldam o exercício da atividade ministerial.

Por sua vez, e não menos importante, sobre a exegese e abrangência da expressão “direitos”, aplicada ao âmbito da relação laboral entre o agente público e a administração, cabe trazer ao debate que tanto o Estatuto dos Servidores Públicos da União (Lei federal nº 8112/1990) como a própria Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei federal nº 8.625/1993) e a LOMAN (Lei Complementar federal nº 35/1979), entre outras normas que regem carreiras de Estado, tratam os vencimentos (nisso incluso, evidentemente, a regra do subsídio) como “Direitos e vantagens” do regime funcional, vide o Título III, Capítulo I, daquela primeira lei; o Capítulo VIII; e o Título IV, Capítulo I, destas duas últimas, respectivamente.

Com base na leitura desses diplomas legais, conclui-se que é assente na seara da relação laboral que o termo jurídico “vencimentos” corresponde à contraprestação pecuniária básica pelo trabalho desempenhado pelo agente público. “Vantagens”, por sua vez, são entendidas como quaisquer outras parcelas remuneratórias diversas do vencimento, tais como gratificações, adicionais e indenizações.

Não obstante todas essas normas, assim como outros estatutos funcionais de membros e servidores, mencionarem a expressão “direitos”, nenhuma dessas regras ou diplomas a categoriza em algum capítulo e/ou seção como alguma espécie de contraprestação laboral. Tal fato remete à ideia, já mencionada, de gênero dessa categoria jurídica, qual seja, contraprestação funcional, a englobar como suas espécies os vencimentos e vantagens dos agentes públicos pelo trabalho desempenhado, além de todas as outras que eventualmente compõem o arcabouço normativo remuneratório, inclusive as de valor pecuniário indireto.

Portanto, nenhuma das normas que cuidam de regras remuneratórias, benefícios e vantagens funcionais trazem a discriminação operada pelo STF no acórdão da ADI 3804-AL, decorrente do voto do relator, no sentido de que vencimentos não corresponderiam a direitos, quando, por questão de lógica e sistemática jurídica, topologicamente, “direitos” corresponde ao gênero da categoria na qual vencimento é espécie.

Com efeito, o Constituinte Originário, ao utilizar a locução mais genérica e ampla (direitos), logrou firmar uma aproximação de regime jurídico maior que a simples equiparação de vencimentos, posto que abarcadora de garantias (o que foi reconhecido na decisão em comento, mesmo ausente da literalidade do art. 130 da CR/88) e outras vantagens e benefícios funcionais. Em verdade, não se trata de mera equiparação vencimental, mas de vinculação e paridade entre carreiras congêneres, em atendimento ao princípio da isonomia.

Ora, se assim não fosse, vale dizer, se os vencimentos não estão abarcados na expressão direitos do art. 130, a que tipo ou rol de direitos, excluindo essa parcela, caberiam ser estendidos aos membros do MPC por consequência dessa decisão? A rigor, restariam apenas direitos circunstancialmente referidos nos estatutos funcionais, a exemplo de férias, adicionais e indenizações (estas aplicáveis, em geral, a todos os membros e servidores públicos, como diárias e ajudas de custo).

É importante registrar que não se ignora, nessa altura, a vedação constitucional à equiparação de vencimentos (art. 37, XIII, CR/1988), no entanto, o próprio texto constitucional agasalha exceções a essa regra, tanto para estabelecer vinculações vencimentais puras como para equiparar carreiras situadas em poderes distintos. No primeiro caso, cito, a título de exemplo, o que dispõe o texto constitucional ao estabelecer a vinculação de vencimentos entre os membros do Poder Legislativo (e. g. art. 27, § 2º) e na carreira da magistratura (art. 93, V).

Por outro lado, além da simples equiparação vencimental, é possível mencionar a extensão conferida pelo Constituinte aos ministros do Tribunal de Contas da União dos vencimentos, vantagens, impedimentos, prerrogativas e garantias assegurados aos ministros do Superior Tribunal de Justiça (art. 73, 3º). Percebe-se que, neste caso, o legislador Constituinte avançou além da simples vinculação vencimental, pois, embora não mencione rigorosamente todos os direitos funcionais, na prática, pela amplitude da extensão, o foram quase pela totalidade, em nítida intenção de conferir isonomia funcional.

Ainda neste campo, da equiparação entre carreiras situadas em poderes diversos, a título de reforçar a linha argumentativa traçada, é importante observar que a Constituição foi emendada para alterar a redação do § 4º do art. 129, o qual reza que ao Ministério Público deve ser aplicado, no que couber, o disposto no art. 93 da Constituição, dispositivo esse que, por seu turno, estabelece princípios básicos pertinentes ao regime jurídico da magistratura, tais como: forma de ingresso; promoção; vinculação de vencimentos entre as classes da carreira; remoção; entre outros.

Interpretando esse dispositivo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) entendeu

A Constituição de 1988, em seu texto originário, constituiu-se no marco regulatório da mudança de nosso sistema jurídico para a adoção da simetria entre as carreiras da magistratura e do Ministério Público, obra complementada por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, mediante a dicção normativa emprestada ao § 4º do art. 129, de modo que tais carreiras são consideradas simétricas e, portanto, é “[...] necessária a comunicação das vantagens funcionais do Ministério Público, previstas na Lei Complementar 75, de 1993, e na Lei nº 8.625, de 1993, à Magistratura e vice-versa sempre que se verificar qualquer desequilíbrio entre as carreiras de Estado. Por coerência sistêmica, a aplicação recíproca dos estatutos das carreiras da magistratura e do Ministério Público se auto define e é auto suficiente, não necessitando de lei de hierarquia inferior para complementar o seu comando. (CNJ, Pedido de Providências nº 0002043-22.2009.2.00.0000)

Tal interpretação e decisão vige até o presente, sem qualquer suspensão dos seus efeitos.

É crucial observar que, em relação ao § 4º do art. 129, da CR/88, o legislador utilizou a expressão “no que couber”, a qual, por técnica redacional, indica a aplicação subsidiária da legislação indicada, em caso de silêncio normativo não eloquente, com nítido viés integrativo. Mesmo com esse caráter de subsidiariedade, o CNJ, órgão correccional e administrativo de cúpula do Judiciário, entendeu presente norma de simetria entre carreiras diversas, não limitada, ressalte-se, a esse aspecto subsidiário.

No caso dos membros do MPC, desbordaria de sentido que uma carreira de igual gênese, mesmo que situada em poder ou órgão diverso, sujeita às mesmas vedações e forma de investidura que aos membros do MP comum, que são requisitos constitucionais para definição do sistema remuneratório de uma carreira pública, não contemple idênticos – ou, no mínimo, similares – direitos funcionais e remuneratórios, ainda mais diante da existência de expressão juridicamente mais abrangente (“direitos”, não apenas vencimentos ou garantias, frise-se) que a locução “no que couber”.

Com efeito, situação dessa natureza implicaria a criação de uma contradição constitucional, consistente na exigência de abstenções e restrições superiores às possíveis vantagens funcionais do cargo, contradição essa que não foi dirimida na decisão em apreço, em lacuna que redundava em ofensa ao princípio da isonomia.

Como a exegese constitucional não admite contradição, é apropriada a proposição de que foi conferida, na ADI 3804-AL, equivocada interpretação restritiva à expressão “direitos” do art. 130 da CR/1988, pois, naquela decisão, segmentou-se o que o legislador decidiu não fazê-lo, à vista, especialmente, de uma interpretação sistemática do texto constitucional. A confirmação dessa tese é de que, repita-se, quando o Constituinte desejou estender a vinculação a apenas alguma – ou algumas – espécie de direito, o fez de forma explícita.

Por fim, à luz dessas considerações, para concluir, reputo que é oportuna a apreciação crítica da decisão proferida na ADI 3804-AL, considerando, acima de tudo, que o Constituinte não buscou restringir a equiparação entre os membros do MPC e do MP comum, mas, sim, conferir-lhes exata isonomia e paralelismo entre direitos e vedações funcionais, por uma coerência sistêmica, dada a rigorosa proximidade de atribuições e exigências dos cargos.

Sob esse cenário, qualquer interpretação que leve à exclusão da simetria e isonomia entre essas carreiras, inclusive e primordialmente sob o aspecto das contraprestações funcionais, deve ser considerada inconstitucional.

Artigos científicos

PROGRAMA DE GESTÃO DE DEMANDAS DA CGU

Um estudo de caso sobre o teletrabalho na administração pública¹



Carmem Luiza e Silva Nascimento

Mestre em Administração Pública pela Fundação Getulio Vargas (FGV).
Chefe do Núcleo de Ação de Controle – NAC 1 - Controladoria-Geral da União (CGU).

Sumário: 1. Introdução; 2. Impactos financeiros do *home office*; 3. O protagonismo da CGU no teletrabalho; 4. PGD: um protótipo que se consolidou; 5. Vantagens e desvantagens do teletrabalho; 6. A sobrevivência do teletrabalho pós-pandemia; 7. Considerações finais; Referências.

Resumo: O teletrabalho, que já vinha sendo utilizado pela Controladoria-Geral da União, foi inserido no âmbito de toda a administração pública, por força da pandemia da Covid-19, nas diversas esferas de governo, como um desafio, em consequência da redução do contato social entre os gestores e os colaboradores de cada órgão. A ampliação desse tipo laboral proporcionou a mais servidores públicos a alternativa de exercer o trabalho fora de seus escritórios, a partir de suas residências. Proporcionou também a mudança de cultura tanto das organizações como de seus colaboradores. Dessa forma, o presente artigo faz uma análise sobre o advento do teletrabalho na administração pública, com destaque ao órgão protagonista desse modelo. Ademais, enumera as vantagens e desvantagens na visão de diversos autores, coletada por meio de pesquisa bibliográfica, assim como sua aceitação e continuidade nos órgãos públicos no atual contexto (pós-pandemia).

Abstract: Telecommuting, which was already being used by the Comptroller General of the Union, was inserted within the scope of the entire Public Administration, due to the covid-19 pandemic, in the various spheres of government, as a challenge, as a result of the reduction in contact between managers and employees of each body. The expansion of this type of work provided more public servants with the alternative of working outside their offices, from their homes. It also provided a change in the culture of both organizations and their employees. Thus, this article analyzes the advent of Telecommuting in the Public Administration, with emphasis on the protagonist body of this model. In addition, it lists the advantages and disadvantages in the view of several authors, collected through bibliographical research, as well as its acceptance and continuity in public agencies in the current context (post-pandemic).

Palavras-chave: Teletrabalho. Controladoria-Geral da União. Administração pública.

Keywords: Telework. Comptroller General of the Union. Public Administration.

1 INTRODUÇÃO

Com a pandemia da Covid-19 e as consequentes mudanças de hábitos e padrões de comportamentos, o regime de teletrabalho teve de ser implantado na administração pública de forma acelerada, para além dos órgãos nos quais a prática já era rotineira (como a Controladoria-Geral da União, como se verá adiante). Sua regulamentação, no âmbito do governo federal, deu-se com a publicação da Instrução Normativa (IN) nº 65, de 30 de julho de 2020. O instrumento estabelece orientações, critérios e procedimentos gerais a serem observados pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal relativos à implementação do denominado Programa de Gestão.

A participação no programa abrangeria servidores efetivos, ocupantes de cargos em comissão, empregados públicos e contratados temporários. Caberia a cada órgão definir, com base em suas

¹ O presente artigo é original e não foi submetido à publicação em qualquer outro periódico, em parte ou em sua totalidade.

necessidades, quais atividades poderiam ser desempenhadas à distância, e ao dirigente máximo de cada pasta autorizar a implementação do programa. O acompanhamento de cada entrega caberia à chefia imediata. Por sua vez, o participante teria responsabilidades e atribuições a cumprir. Entre elas, permanecer disponível para contatos telefônicos, verificar regularmente sua caixa de *e-mail* e comparecer ao órgão sempre que convocado.

O teletrabalho seria implantado em locais onde não houvesse prejuízo do atendimento ao público. Entre as atividades que, preferencialmente, poderiam ser executadas de forma remota estão as que demandam maior esforço individual e menor interação com outros agentes públicos. Da mesma forma, a adoção do teletrabalho não poderia ocorrer caso as atividades exigissem a presença física do participante na unidade ou que fossem executadas externamente.

Salienta-se que as despesas com internet, energia elétrica, telefone e outras semelhantes seriam de responsabilidade do participante que optasse pela modalidade de teletrabalho. Além disso, não haveria cômputo de horas extras ou de banco de horas, nem pagamento de auxílio transporte e adicional noturno.

Além de um espaço físico doméstico, a realização do teletrabalho passou a depender de serviços de apoio e de manutenção de computadores, *laptops*, celulares e outros aparelhos utilizados pelas equipes que aumentaram sua conectividade à internet, parecendo desnecessário destacar a absoluta necessidade de integração das atividades executadas em *home office* com as de Tecnologia da Informação (TI) dos órgãos.

É inegável que a crise sanitária forçou a súbita migração de inúmeras atividades para o ambiente digital e a aceleração de projetos de transformação digital que já estavam em andamento na administração pública. Tais mudanças foram sentidas de modo bastante intenso pelo Estado, que se viu compelido a intensificar esforços para a digitalização de seus serviços com vistas à continuidade do exercício de suas atribuições legais, de maneira a atender toda a sociedade em seus anseios.

Com esse novo cenário, gerou-se uma importante preocupação relacionada às questões de segurança da informação, tendo em vista a intensificação do compartilhamento de dados pessoais. Trata-se de um tema expressivamente relevante, mormente em tempos de implementação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em que a interação e a comunicação entre servidor público e cidadão têm sido realizadas somente pela internet, havendo, dessa forma, a habitual necessidade de troca e compartilhamento de informações.

De acordo com Silva *et al.* (2022), o consentimento prévio ao tratamento de dados pessoais não é a regra, em especial quando for mantido o interesse público da pessoa jurídica de Direito Público que manipula os dados e quando o tratamento for realizado para fins de execução de políticas públicas, prestação de serviços públicos e cumprimento de normativa. Nesse caso, deve haver a indicação do encarregado de dados, bem como o respeito aos preceitos da finalidade, da necessidade, da transparência e da autodeterminação informativa.

Dessa forma, o autor enumera algumas orientações a serem adotadas no contexto pandêmico: (i) apenas as autoridades de saúde do governo poderão criar os aplicativos; (ii) estes deverão requerer o consentimento do usuário para tratar os respectivos dados pessoais; (iii) um segundo consentimento do usuário deverá ser requerido para o compartilhamento da informação de que ele se encontra infectado; (iv) os dados coletados deverão ser utilizados para ajudar o sistema de saúde e não poderão ser compartilhados para fins policiais nem de propagandas.

Finalmente, outro ponto a ser analisado é a questão da continuidade do teletrabalho após o período pandêmico. Essa experiência teria sido exitosa de tal modo que sua permanência nas atividades administrativas se poderia concretizar, transformando-se em um novo modelo de serviço público?

A metodologia utilizada neste artigo foi a bibliográfica, exploratória e prática. Possui caráter exploratório (Vieira, 2002), na medida em que buscou analisar o processo de teletrabalho na administração pública, em especial no âmbito da Controladoria-Geral da União, com vistas a desenvolver o grau de entendimento dos gestores públicos acerca desse processo, por meio de um modelo destinado à identificação de oportunidades de aperfeiçoamento contínuo. Ainda quanto ao seu objetivo, esta pesquisa é considerada prática, uma vez que utilizou para seu desenvolvimento o estudo de caso (YIN, 2005) relativo ao Programa de Gestão de Demandas (PGD), implantado pela Controladoria-Geral da União (CGU).

Quanto aos procedimentos técnicos utilizados, esta pesquisa envolveu dois procedimentos principais: pesquisas documental e bibliográfica. Na pesquisa documental, realizou-se a análise da LGPD e da Portaria nº 1.242/2015. A pesquisa bibliográfica incluiu obras e artigos de diversos autores no campo do trabalho remoto e sua implementação no serviço público.

2 IMPACTOS FINANCEIROS DO HOME OFFICE

A disseminação do coronavírus em nível mundial teve como um dos reflexos derivados de escolhas de políticas públicas a adoção de isolamento social ou distanciamento social, como medida implementada com o objetivo de preservação de vidas em determinados contextos (FARIAS, 2020). Diversos setores da administração pública no Brasil tiveram de aderir ao trabalho remoto. Por outro lado, o período também foi marcado por novas vivências, como a aceleração da adoção de soluções remotas para dar continuidade à prestação de serviços nas mais diversas áreas.

Em virtude da grave crise sanitária que o país atravessava, decorrente da pandemia, o tema teletrabalho ganhou prioridade na agenda de gestão debatida na administração pública, desde que a maioria dos servidores públicos adotaram o *home office* como forma de proteção da saúde individual e coletiva devido aos riscos de contaminação pelo coronavírus. A economia gerada com a modalidade, principalmente com passagens, diárias e deslocamentos, foi um dos principais fatores que abriu caminho para a administração pública federal construir o desenho do Programa de Gestão.

A implementação do Programa de Gestão tornou-se facultativa à administração pública e deveria ocorrer em função da conveniência e do interesse do serviço, não se constituindo direito do participante. Para embasar esse novo modelo laboral, foi editada a Instrução Normativa nº 65/2020, que prevê fases para a implementação do teletrabalho pelos órgãos, passando pelas etapas: autorização pelo ministro de Estado; elaboração e aprovação dos procedimentos gerais; execução e acompanhamento do Programa de Gestão. E, como já destacado, essa nova forma de prestação de serviços gerou uma economia considerável aos cofres públicos.

Segundo o Ministério da Economia - ME (2021), no período entre março de 2020 e junho de 2021, “o governo federal economizou R\$ 1,419 bilhão com o trabalho remoto de servidores públicos durante a pandemia do Covid-19”, em que foram analisadas a redução dos gastos em cinco itens de custeio entre os meses de março de 2020 e junho de 2021, como: diárias, passagens e despesas com locomoção; serviços de energia elétrica, serviços de água e esgoto; e cópias e reproduções de documentos (BRASIL, 2021).

Ainda, em conformidade com o levantamento do Ministério da Economia, as maiores reduções de custos foram registradas na compra de passagens e despesas como a locomoção de pessoal (R\$ 512,6 milhões), diárias (R\$ 450,2 milhões) e serviços de energia elétrica (R\$ 392,9 milhões). Além disso, segundo o secretário de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia, Leonardo Sultani, “Esses valores podem ser utilizados pelos órgãos para o desenvolvimento de outras atividades, de modo a atender as demandas dos cidadãos” (BRASIL, 2021).

Outrossim, conforme o secretário especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, Caio Mario Paes de Andrade, “a transformação digital dos serviços públicos possibilitou que, mesmo durante a pandemia, os cidadãos brasileiros não deixassem de ser atendidos em razão do trabalho remoto dos servidores públicos decorrente das restrições sanitárias”, levando em consideração que mais de três mil serviços atualmente já são digitais, permitindo que as pessoas não precisem sair de casa para serem atendidas (BRASIL, 2021).

3 O PROTAGONISMO DA CGU NO TELETRABALHO

Convém registrar, por oportuno, o protagonismo da Controladoria-Geral da União na instituição do trabalho remoto na administração pública federal. Antes mesmo de qualquer discussão de teletrabalho, incrementado pela pandemia do Covid-19, a CGU foi uma das pioneiras no governo federal ao implantar o trabalho remoto. O teletrabalho teve início, em caráter experimental, em maio de 2015, por meio da Portaria CGU nº 1.242, de 15 de maio de 2015. O programa permaneceu em caráter experimental por cinco trimestres, quando, em setembro de 2016, foi efetivado na instituição e está vigente desde então. O projeto foi denominado “Programa de Gestão de Demandas – PGD” e instrumentalizou a implementação da orientação aos resultados no âmbito da CGU.

O PGD estabelece estratégias, mudanças normativas e ações estruturais que permitiram a ampliação do trabalho remoto, além de otimização do espaço físico do órgão. A ideia central reside na liberação do controle de assiduidade dos servidores em contrapartida à entrega tempestiva de produtos tecnicamente pactuados. O programa previa inicialmente um ganho de produtividade de 20%, obrigatório para o servidor que adere ao PGD, ou seja, o tempo de realização de uma tarefa deverá ser menor quando esta for realizada no regime de teletrabalho, quando comparado ao trabalho presencial, o que resultou em economias significativas de recursos para a CGU.

Contudo, ressalta-se que atualmente o teletrabalho da CGU não se confunde com o PGD, sendo uma das espécies sob seu guarda-chuva. O PGD da CGU engloba duas modalidades de trabalho: teletrabalho (*home office*), no qual o servidor trabalha de forma remota, e PGD-trabalho interno na CGU, em que o servidor pode permanecer laborando nas instalações da instituição, sem controle de pontos, fazendo seu horário como melhor lhe convier. Nesse modelo de PGD, o servidor tem flexibilidade de trabalho (trabalhar em casa ou nas instalações da CGU), tem liberdade de organizar seu horário e não tem controle de frequência.

A CGU destacou-se na implementação dessa modalidade de trabalho, conferindo-lhe o papel de difusora daquele conceito no âmbito da administração pública brasileira. Também já apresentou o programa a diversos órgãos, fundações e autarquias do governo federal, além das instâncias administrativas subnacionais. De acordo com relatório de sua autoria, o modelo adotado já foi customizado pelo Ministério da Economia e cedido a outros órgãos. Até novembro de 2020, mais de oitenta órgãos visitaram a CGU para *benchmarking* do PGD.

Logo, por ocasião do estado de emergência de saúde pública causado pela pandemia de Covid-19, a aceleração desse processo intensificou-se e, no limite, significou a sobrevivência das organizações. Dispor de uma metodologia consolidada acerca do tema mitigou os gargalos decorrentes do aumento de escala de adesão dos servidores ao PGD, em decorrência da então pandemia. Mister salientar que o objetivo primordial para adoção do referido programa em toda a administração pública foi a proteção da saúde individual e coletiva dos servidores e usuários dos serviços públicos, devido ao alto risco de contaminação pelo vírus e para se evitar a descontinuidade dos serviços prestados à sociedade.

4 PGD: UM PROTÓTIPO QUE SE CONSOLIDOU

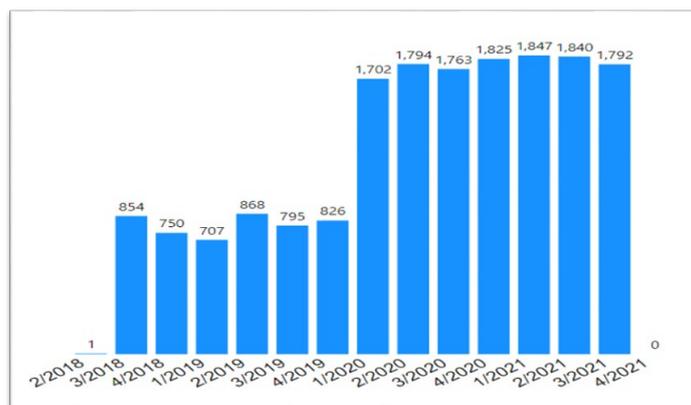
O Programa de Gestão de Demandas, como já se disse, é modelo criado e adotado pela CGU, em conformidade com o que define a Instrução Normativa SGDP/ME nº 65/2020. Além disso, em reuniões realizadas com o Ministério da Economia, enfatizou-se que o modelo do PGD da CGU é uma referência, pois alinha a entrega e a medição de resultados à comprovação de produtividade do servidor. Ademais, o próprio Ministério customizou o sistema PGD da CGU e o cedeu a outros órgãos.

Interessante destacar que, além do PGD, a CGU desenvolveu um projeto com intuito de ampliar as bases do trabalho remoto, gerando a otimização do espaço físico do órgão: o OtimizaCGU, dando maior eficiência à utilização dos recursos humanos, materiais e tecnológicos do órgão. Como efeitos positivos secundários, ter-se-iam a melhoria da qualidade de vida dos servidores, o alinhamento da instituição com a questão da sustentabilidade e a racionalização da infraestrutura física do órgão.

O PGD da CGU orienta-se pela lógica da entrega de produtos e engloba outros formatos de jornada. Desse modo, além do teletrabalho, servidores podem aderir ao PGD e permanecer laborando nas instalações da CGU. O Programa instrumentalizou a implementação da orientação aos resultados no âmbito da CGU. Sua ideia central reside na liberação do controle de assiduidade dos servidores em contrapartida à entrega tempestiva de produtos tecnicamente pactuados. Os números do PGD da CGU são sistematicamente mensurados e publicados na imprensa oficial pela Secretaria-Executiva da CGU, unidade responsável pela implantação e gestão do PGD, de modo que o programa pode ser escrutinado por qualquer integrante da sociedade civil.

O modelo de PGD na CGU é tão exitoso que a adesão de servidores a ele cresceu significativamente ao longo dos anos, tendo chegado a dobrar no período de quatro anos, saltando de 854 servidores em 2018 para 1.792 em 2021. Por oportuno, traz-se à baila o impacto da pandemia da Covid-19 no programa de gestão de demandas da CGU:

Gráfico 1 – Servidores em PGD por período



Fonte: Sistema corporativo da CGU.

Pode-se reafirmar que, no momento da pandemia, o teletrabalho significou a manutenção dos serviços públicos e até mesmo a sobrevivência das organizações públicas. É salutar enfatizar que, segundo a Instrução Normativa (IN) nº 65/2000, a implementação do programa é facultativa à administração pública e ocorrerá em função da conveniência e do interesse do serviço, não se constituindo direito do participante.

Diante de um cenário de incertezas oriundas da pandemia da Covid-19, a CGU emitiu a Portaria nº 2.645, de 5 de novembro de 2020, em que determinou que os servidores executassem os trabalhos integralmente, frise-se, por meio do PGD. As únicas exceções foram para os servidores dispensados do controle de frequência (ocupantes de DAS-5 ou superiores), os agentes que desempenhavam regularmente as atividades de motorista nas unidades da CGU e os profissionais de saúde em exercício no Serviço Médico da CGU.

Nessa esteira de raciocínio, a CGU avançou com a Portaria nº 1.082, de 17 de maio de 2021, que trouxe uma série de inovações, entre as quais merecem destaque:

- a) a aplicação para todos os servidores públicos em exercício nas unidades administrativas do Órgão Central da CGU ou nas Controladorias Regionais da União nos estados, incluindo os cedidos e os requisitados;
- b) a faculdade de execução, de modo que os trabalhos em PGD podem ser executados parcial ou integralmente em regime remoto ou presencial na CGU, observados o período do cronograma e a natureza das atividades de processos ou de projetos;
- c) apesar de o participante em PGD permanecer vinculado à sua unidade administrativa de lotação, a possibilidade de alteração provisória da unidade de domicílio do participante, podendo ser no Brasil, quando o domicílio do participante passa a ser unidade da federação diferente da unidade em que se encontra sua unidade administrativa de lotação, ou no exterior.

Atualmente, a CGU adota a flexibilização do trabalho de maneira que seus servidores optem por executar suas atividades laborais ou presencial ou remotamente, utilizando as ferramentas digitais disponibilizadas pelo órgão, impactando de forma positiva os resultados da sua missão institucional.

5 VANTAGENS E DESVANTAGENS DO TELETRABALHO

O modelo de PGD adotado inicialmente pela CGU, e agora estendido para todo o serviço público federal, possui muitas vantagens tanto para a instituição quanto para os servidores públicos. Entretanto, também possui desvantagens que precisam ser equacionadas. Hau e Todescat (2018) mencionam que a principal motivação apontada pelos trabalhadores com o teletrabalho foi a facilidade de conciliar a vida profissional com a vida privada. Já os gestores apontaram como principais vantagens do modelo maior produtividade e motivação dos trabalhadores. Além dessas vantagens, o teletrabalho gera otimização do espaço físico e a racionalização da infraestrutura física do órgão, já que há menor demanda por espaço físico e menor utilização de mão de obra terceirizada (limpeza, conservação etc.).

Também acarreta menor utilização de soluções tecnológicas (internet), redução de despesas de consumo de água, energia elétrica, entre outras. Desse modo, a experiência com o teletrabalho tem se mostrado bastante satisfatória, com potencial para contribuir com a redução de custos da máquina pública, como despesas de funcionamento e de outros bens e serviços disponibilizados nos órgãos. Além disso, o teletrabalho permite a instituição o alinhamento com a questão da sustentabilidade, reduzindo-se a utilização material de escritório, principalmente de papel, por exemplo.

Com a adoção dessa modalidade de trabalho, muitos órgãos, como a CGU, focaram suas atividades em ações remotas, realizando fiscalizações e auditorias por meio de sistemas informatizados sem a necessidade de deslocamentos até as entidades auditadas. Nesse sentido, também houve economia significativa com passagens, diárias e deslocamentos, sendo um dos principais fatores que abriu caminho para a administração pública federal construir o desenho do Programa de Gestão. O desenvolvimento de ações tecnológicas demonstrou aos órgãos, especialmente na CGU, que é possível aumentar a produtividade, melhorar a eficiência, além dos demais benefícios relatados, por meio de soluções tecnológicas, sem a presença física dos servidores na instituição ou mesmo nas entidades auditadas.

Para os servidores, o PGD possibilitou uma série de vantagens. Como efeitos positivos secundários, ter-se-iam a melhoria da qualidade de vida dos servidores, uma vez que a pactuação em PGD dispensa esse servidor do controle de assiduidade no período em que estiver com o compromisso de entrega das atividades previstas no pacto. Além disso, permite-se maior tempo do servidor com a família, menor custo de deslocamento, menor estresse com o trânsito nas grandes cidades, entre outros.

Porém, o teletrabalho apresenta desvantagens tanto para a instituição quanto para os usuários. Hau e Todescat (2018) apontam como desvantagens uma visão preconceituosa em relação ao teletrabalho por parte de muitas pessoas, reduzidas oportunidades de crescimento na carreira, vulnerabilidade de dados e recursos, e legislação específica que regule de forma precisa o teletrabalho. Sem dúvida, a segurança da informação no teletrabalho merece atenção redobrada, especialmente em face da LGPD.

Dessa forma, tornam-se os sistemas governamentais suscetíveis de ataque e interferências externa no trabalho remoto, situação que poderia ser atenuada se o trabalho fosse executado no ambiente interno da instituição (se não fisicamente, pelo menos mediante uso adequado de tecnologias como VPNs, as Redes Privadas Virtuais). Não se pode deixar de reconhecer que a análise dos efeitos das novas tecnologias na organização do trabalho seja pertinente e relevante, mas há dilemas sociológicos e epistemológicos com ela conexos que são bastante complexos. Percebe-se que há pontos passíveis de críticas severas, como o esgotamento físico e mental decorrente do emprego constante de ferramentas de informática para laborar, além do isolamento que provém desse esquema de trabalho.

Destaca-se também como desvantagem que nem todos os servidores possuem perfil para realizar suas atividades exclusivamente de modo remoto, seja por questões emocionais seja mesmo por não conseguirem se organizar com essa nova forma de trabalho e entregar os produtos técnicos nos prazos previamente acordados com suas chefias. Além disso, todo o custo que era da instituição, como energia elétrica, recursos de internet, manutenção de recursos de informática, são transferidos integralmente ao servidor em PGD, sem qualquer reembolso de despesas por parte da instituição.

Se, por um lado, com a pandemia foi possível constatar que o teletrabalho funcionou bem, com ganho de produtividade para os órgãos, e ainda produziu redução de custos para o Estado com manutenções prediais e com materiais de consumo como água, energia e materiais de escritórios, além de ter gerado melhorias na qualidade de vida do servidor público, com o fim de seus deslocamentos e maior qualificação de sua vida familiar, por outro lado, agentes públicos podem apresentar quadros de estresses emocionais devido ao isolamento.

Com base em pesquisa realizada, Fernandes e Silva (2017) perceberam que a maioria dos servidores entrevistados apresentou dificuldades de adaptação ao regime de trabalho remoto, no entanto, muitos afirmaram terem tido problemas apenas no início do processo, passando, com o tempo e experiência, a aproveitar dos benefícios que esse regime pode trazer. Entre as principais dificuldades encontradas, citaram problemas com organização da rotina de trabalho, distrações no ambiente familiar, comunicação entre colegas e chefias, necessidade de equipamentos e mobiliários adequados, entre outros.

No quadro a seguir, estão elencadas vantagens e desvantagens destacadas por alguns autores, especialistas nessa nova forma de trabalho:

Quadro 1 – Vantagens e desvantagens do teletrabalho segundo autores pesquisados

Vantagens	Desvantagens	Autores
Autonomia para organizar tarefas; maior interação com a família; melhor qualidade de vida; menos estresse em deslocamentos e redução no tempo de deslocamento.	Conflito entre trabalho e vida familiar; dificuldade de controle; falta de reconhecimento de colegas de trabalho e de supervisão; isolamento; mais trabalho.	Nohara <i>et al.</i> (2010)
Concentração; refeições em casa; flexibilidade de horários; maior interação com a família; menos interrupções; privacidade; redução de custos; redução no tempo de deslocamento; segurança e silêncio.	Aumento dos custos de água e luz; dificuldade de controle; distração com atividades domiciliares; falta de infraestrutura; isolamento profissional e social; receio de má avaliação.	Freitas (2008)
Flexibilidade de horários; melhoria da produtividade; menos exposição violência/estresse em deslocamentos; redução de custos (empresa e empregado).	Conflito entre trabalho e vida familiar; falta de infraestrutura e supervisão; isolamento profissional e cobrança.	Barros e Silva (2010)
Autonomia para organizar tarefas e flexibilidade de horários; equilíbrio entre trabalho e vida pessoal; flexibilidade de horários; melhor qualidade de vida; redução no tempo de deslocamento.	Conflito entre trabalho e vida familiar; dificuldade de desenvolvimento; falta de supervisão; isolamento social; maior cobrança, montagem de estrutura em casa.	Da Costa (2013)
Melhor qualidade de vida; melhoria da produtividade e qualidade do trabalho; oportunidade para pessoas com deficiência; redução de custos para a empresa.		Mello <i>et al.</i> (2014)
Melhor qualidade de vida; melhoria da produtividade; menos interrupções, estresse e tempo em deslocamentos.	Isolamento social e tecnologia falha.	Villarinho e Paschoal (2016)
Aumento de produtividade, da qualidade de vida das pessoas e melhoria dos serviços aos usuários.		Bergamaschi, Filha e Andrade (2018)
Melhoria da qualidade de vida; maior equilíbrio na relação trabalho/família; maior produtividade; flexibilidade; criação de métricas; redução de custo, estresse, tempo de deslocamento e exposição à violência; conhecimento da demanda de trabalho.	Não adaptação; falta de comunicação; perda de vínculo com a empresa; problemas psicológicos; infraestrutura; controle do teletrabalhador.	Filardi, Castro e Zanini (2020)

Fonte: Rocha *et al.* (2021), com adaptações (acréscimos e supressões).

Percebe-se que, embora havendo desvantagens, a quantidade de vantagens do trabalho remoto supera aquelas. Portanto, cabe ao gestor público fazer uma avaliação, não apenas levando-se em consideração as atividades desenvolvidas pela entidade, mas também os benefícios advindos desse modelo de trabalho gerados aos seus servidores.

6 A SOBREVIVÊNCIA DO TELETRABALHO PÓS-PANDEMIA

A sociedade brasileira atual está cada vez mais exigente quando se trata da melhoria do desempenho da gestão pública, almejando uma administração pública moderna, transparente, ética e eficiente. De forma que, para Matias-Pereira (2013), o teletrabalho surge como boa possibilidade de melhoria dos resultados e o aumento na qualidade dos serviços prestados à população, embora a adoção da modalidade não seja de implantação tão fácil no setor público, uma vez que demanda esforços como grandes investimentos tecnológicos, mediante a aquisição de *hardwares* e *softwares* que possibilitem a migração das atividades atuais para um processo em meio eletrônico, além de treinamentos tanto de gestores quanto operadores.

Porém, com a pandemia esse processo de modernização dos sistemas foi intensificado, acelerando a inserção total da administração pública na era digital. A opção do trabalho remoto integrado com serviços on-line para os cidadãos trouxe benefícios a todos. O cidadão não precisa mais se deslocar à repartição pública em busca de atendimento, já que este pode ser fornecido por meio eletrônico. Ademais, os investimentos aportados em tecnologia permanecerão na administração pública, a partir de agora, como uma nova forma de prestação de serviços.

Silva (2014) já havia afirmado que, em razão do elevado nível de uso das tecnologias da informação para o desempenho de suas atividades, o Brasil está preparado para a aplicação do teletrabalho nas instituições públicas, guiadas pelo objetivo de modernizar o serviço público, melhorar as atividades essenciais prestadas pelo ente público, visando ainda ao aumento da produtividade, redução dos custos e promoção de maior nível de transparência na gestão pública.

Na mesma linha de pensamento, Fernandes e Silva (2017) entendiam que o teletrabalho é uma tendência em larga expansão no setor privado, mas já com experiências bastante positivas no âmbito da esfera pública brasileira, e que tem se mostrado uma excelente ferramenta para o enfrentamento de graves problemas nos grandes 22 centros urbanos, revelando-se uma solução inteligente e sustentável para a atual realidade das cidades brasileiras.

Para Leite e Aires (2022), a experiência com o trabalho remoto durante o cenário de pandemia no ano de 2020 abriu espaço para uma série de discussões sobre a possibilidade de implantação do teletrabalho na administração pública. Diante da necessidade de uma gestão cada vez mais eficiente e célere, com o objetivo de modernizar o serviço público, melhorar a prestação de serviço à sociedade, somado ao advento de novas tecnologias de informação e comunicação que permitem a realização de atividades independentemente de localização geográfica, o teletrabalho agora vira uma estratégia vantajosa para as instituições públicas.

Em prol de garantir o sucesso dessa nova prática, é essencial haver um plano de gestão, uma infraestrutura mínima adequada em termos tecnológicos, estruturais, legais, administrativos, de comunicação, além de adequar o time ao novo (MENDES; OLIVEIRA; VEIGA, 2020). É preciso ainda uma sintonia entre o teletrabalhador e a instituição, para que ambos possam garantir os benefícios dessa prática.

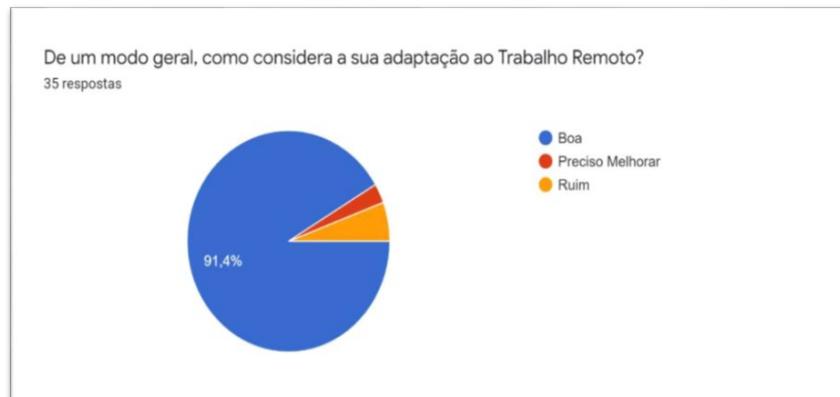
Segundo Coelho *et al.* (2022), é perceptível a mudança de mentalidade quanto à implantação do teletrabalho no setor público, por consistir em uma ferramenta de gestão que vai trazer economia aos cofres públicos, sem prejuízos no atendimento e quaisquer ônus a sociedade. É uma tendência consolidada no mundo atual. E, de certa forma, está sendo adotada por diversos órgãos da administração pública federal.

Conforme retromencionado, na CGU o teletrabalho persiste de maneira híbrida, ou seja, o servidor tem o poder de escolher se executará suas atividades remota ou presencialmente. Para aqueles que optarem por fazer *home office*, a intranet da instituição disponibiliza uma página com dicas e *links* das ferramentas para facilitar o trabalho remoto. O controle das atividades desenvolvidas pelo servidor é feito por meio do sistema e-Aud – PGD, em que são informadas as tarefas realizadas com o quantitativo de horas utilizadas em cada uma.

Por fim, interessante destacar a pesquisa realizada por Leite e Aires (2022), na qual constataram que o trabalho remoto apresenta uma boa expectativa e aceitação por parte dos servidores públicos, pois todos que participaram da pesquisa afirmaram que são a favor da continuidade após o período de

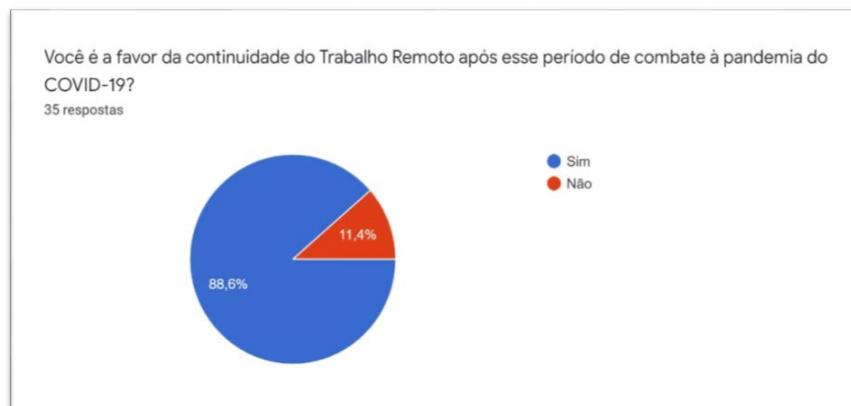
pandemia. Os resultados da pesquisa também apresentaram um bom engajamento e desempenho por parte dos entrevistados após a sua implementação, tendo em vista que manteve o padrão anterior de quando o trabalho era feito de forma presencial, conforme demonstrado nos Gráficos 2 e 3.

Gráfico 2 – Adaptação no trabalho remoto



Fonte: Leite e Aires (2022).

Gráfico 3 – Opinião sobre a continuação do trabalho remoto após a pandemia



Fonte: Leite e Aires (2022).

Ainda, de acordo com os autores, os servidores entrevistados relataram que conseguem executar de maneira satisfatória as demandas dos processos e as atividades concernentes às suas atividades laborais. Alguns também afirmaram que as principais dificuldades enfrentadas no processo de trabalho remoto foram o sentimento de sobrecarga, a organização de rotina, a socialização correta das informações nas equipes, o travamento ocasional do sistema, entre outros aspectos relacionados.

De fato, o trabalho remoto é uma realidade que vem se perpetuando no serviço público, tendo em vista o alto grau de satisfação dos agentes públicos. Ademais, não restam dúvidas de que os servidores públicos satisfeitos produzem mais e melhor. Há menos chance de ficarem desconcentrados e mais facilidade ao fazer a gestão do tempo no trabalho remoto. Ao mesmo tempo, há mais produtividade e menos gastos com outras despesas oriundas do trabalho presencial.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Notadamente, tem-se como fatores que contribuem para o estresse no trabalho: o deslocamento diário, estar fora do conforto de casa, lidar com diferentes tipos de personalidades, estar longe dos familiares e a jornada inflexível. A experiência do servidor público de trabalhar no conforto de casa, de estar próximo de seus familiares, acompanhar de perto o desenvolvimento dos filhos e a economia de tempo com a desnecessidade de locomoção mostrou-se bem-sucedida. Equivalente ao indivíduo cuidar melhor de si mesmo, por consequência, desempenhará com excelência seus deveres laborais.

Desse modo, a experiência com teletrabalho tem se mostrado bastante satisfatória no setor público. Comprovou-se seu potencial para contribuir com a redução de custos da máquina pública, como despesas de funcionamento e de outros bens e serviços disponibilizados nos órgãos, bem como gerar ganhos e benefícios para os servidores que participarem dos programas de gestão, tendo em vista a economia trazida aos cofres públicos no que tange a despesas com diárias, passagens, adicional de insalubridade, de irradiação ionizante, periculosidade, serviço extraordinário, adicional noturno e auxílio transporte, sem contar energia elétrica e água.

Além disso, conseguiu-se tornar mais céleres os trâmites e processos burocráticos, mediante aquisição de novas tecnologias que impactaram diretamente a realização das atividades. Houve uma ruptura de costumes, trâmites, praxes administrativas, inclusive de mentalidade dos gestores públicos, possibilitando maior produtividade e eficiência. O modelo de trabalho flexível gera mudanças em diversos aspectos, inclusive na forma de gestão de jornada de trabalho. No sistema presencial, a entidade usa o controle de ponto para acompanhar a rotina do agente público, enquanto no modelo *home office* a instituição pode adotar o cumprimento de entregas e atingimento de metas. Destarte, o servidor passa a ter maior flexibilidade na sua rotina de trabalho.

No âmbito da Controladoria-Geral da União, enfatizou-se que o objetivo principal do Programa de Gestão de Demandas é possibilitar entregas de resultados mensuráveis. Como um dos benefícios alcançados, pode-se citar a melhoria da qualidade de vida do servidor, uma vez que a pactuação em PGD dispensa esse servidor do controle de assiduidade no período em que estiver com o compromisso de entrega das atividades previstas no pacto. Restou comprovado, também, que o trabalho remoto, além de gerar economia nas despesas do órgão, proporcionou resultados positivos nos trabalhos, como o aumento na produtividade de seus servidores, elevando a credibilidade do órgão perante a sociedade.

Diante do exposto, percebe-se que o grande desafio era a manutenção do teletrabalho na administração pública em um cenário pós pandemia, bem como o futuro do Programa de Gestão de Demandas. Entretanto, em muitos órgãos, principalmente na CGU, encontrou-se o ponto de equilíbrio entre as expectativas do Estado, da sociedade e do servidor público, uma vez que nem todos os agentes públicos possuem perfil para realizar suas atividades exclusivamente de modo remoto, seja por questões emocionais seja mesmo por não conseguirem se organizar com essa nova forma de trabalho e entregar os produtos técnicos nos prazos previamente acordados com suas chefias.

Portanto, uma solução híbrida que reúna regimes parciais de execução, presencialmente nas unidades administrativas e nas residências dos servidores, pode ser considerada a mais adequada para a sobrevivência do teletrabalho na administração pública pós crise sanitária.

REFERÊNCIAS

- BARROS, A. M.; SILVA, J. R. G. da. Percepções dos indivíduos sobre as consequências do Teletrabalho na configuração home-office: estudo de caso na Shell Brasil. *Cadernos Ebape. Br*, v. 8, n. 1, p. 71-91, 2010.
- BERGAMASCHI, A. B.; FILHA, W. R. N.; ANDRADE, A. R. Home office: solução para aumento de produtividade no INPI. *European Journal of Applied Business and Management*, v. 4, n. 3, 2018.
- BRASIL. Ministério da Economia (ME). Governo Federal economiza R\$ 1,419 bilhão com trabalho remoto durante a pandemia. *Gov.br*, 3 ago. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/agosto/governo-federal-economiza-r-1-419-bilhao-com-trabalho-remoto-de-servidores-durante-a-pandemia>. Acesso em: 24 jan. 2023.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portaria nº 1.242, de 15 de maio de 2015. Regulamenta a experiência-piloto do Programa de Gestão que permite o teletrabalho no âmbito da Controladoria-Geral da União. *Diário Oficial da União*, Brasília, ano CLII, nº 92, 18 maio 2015. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41910/5/Portaria_CGU_1242_2015.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.
- COELHO, L. G.; OLIVEIRA, W. A.; SILVA, A. G. F.; BARRETO, L. K. S.; PEREIRA, T. M. F. Percepções sobre o trabalho remoto durante o período pandêmico: um estudo de caso no Instituto Federal do Ceará. *Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento*, Curitiba, v. 11, n. 2, p. 476-492, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/rbpd/article/view/14554/8855>. Acesso em: 31 jan. 2023.
- DA COSTA, I. de S. A. Controle em novas formas de trabalho: teletrabalhadores e o discurso do empreendedorismo de si. *Cadernos Ebape*, v. 11, n. 3, p. 462-474, 2013.
- FARIAS, H. S. de. O avanço da covid-19 e o isolamento social como estratégia para redução da vulnerabilidade. *Espaço e Economia – Revista Brasileira de Geografia Econômica*, 2020.
- FERNANDES JR., A. R.; SILVA, F. C. *O teletrabalho e sua implementação no serviço público: perspectivas e desafios*. Escola de Governança Pública do Estado do Pará, 2017. Disponível em: http://www.egpa.pa.gov.br/sites/default/files/12- o teletrabalho e sua implementacao no servico publico ananias_r_fernandes_junior.pdf. Acesso em: 7 fev. 2023.
- FILARDI, F.; CASTRO, R. M. P.; ZANINI, M. T. F. Vantagens e desvantagens do teletrabalho na administração pública: análise das experiências do Serpro e da Receita Federal. *Cadernos Ebape*, v. 18, n. 1, p. 28-46, 2020.
- FREITAS, S. R. de. *Teletrabalho na administração pública federal: uma análise do potencial de implantação na diretoria de marcas do INPI*. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, Escola Brasileira de Administração Pública, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3522/S.Freitas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 4 maio 2023.
- HAU, F.; TODESCAT, M. O teletrabalho na percepção dos teletrabalhadores e seus gestores: vantagens e desvantagens em um estudo de caso. *NAVUS - Revista de Gestão e Tecnologia*, v. 8, n. 3, p. 37-52, 2018. Disponível em: <http://www.spell.org.br/documentos/ver/50036/o-teletrabalho-na-percepcao-dos-teletrabalhador---#:~:text=Em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20as%20principais%20vantagens,produtividade%20e%20motiva%C3%A7%C3%A3o%20dos%20teletrabalhadores>. Acesso em: 29 mar. 2022.



LEITE, E. D.; AIRES, C. V. O teletrabalho durante a pandemia do Covid-19: Diretoria de Gestão de Pessoal da Polícia Federal no Distrito Federal. *Rebena - Revista Brasileira de Ensino e Aprendizagem*, v. 4, p. 47-73, 2022. Disponível em: <https://rebena.emnuvens.com.br/revista/article/view/44>. Acesso em: 4 maio 2023.

MATIAS-PEREIRA, J. A adoção do teletrabalho na administração pública. *L&C – Revista de Licitações e Contratos*, v. 16, n. 183, p. 16-17, 2013.

MELLO, Á. A. A.; SANTOS, S. A.; KUNIYOSHI, M. S.; GASPAS, M. A.; KUBO, E. K. M. Teletrabalho como fator de inclusão social e digital em empresas de call center/contact center. *Revista de Administração da UFSM*, v. 7, n. 3, 2014.

MENDES, R. A. O.; OLIVEIRA, L. C. D.; VEIGA, A. B. B. A viabilidade do Teletrabalho na administração pública brasileira. *Brazilian Journal of Development*, v. 6, n. 3, p. 12745-12759, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.34117/bjdv6n3-222>. Acesso em: 4 maio 2023.

NOHARA, J. J.; ACEVEDO, C. R.; RIBEIRO, A. F.; SILVA, M. M. O teletrabalho na percepção dos teletrabalhadores. *INMR-Innovation & Management Review*, v. 7, n. 2, p. 150-170, 2010.

ROCHA, A. B. *et al.* Teletrabalho, produção e gasto público: o que aprendemos com a Covid-19? *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 72, n. 2, p. 299-329, abr./jun. 2021. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/download/5215/3313/19341#:~:text=Os%20resultados%20evidenciam%20que%20os,com%20ligeira%20tend%C3%Aancia%20de%20queda>. Acesso em: 4 maio 2023.

SILVA, G. di F. F. da. Perspectivas sobre o teletrabalho no contexto da administração pública brasileira: um anteprojeto. 2014, 88 f. Dissertação (Mestrado), Escola Brasileira de Administração Pública, Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/12928?show=full>. Acesso em: 9 fev. 2023.

SILVA, A. M. D. F. da *et al.* Proteção de dados pessoais e direito à privacidade no contexto da pandemia de covid-19: uma análise das aplicações de *contact tracing* à luz da proporcionalidade. *Revista Direito GV*, v. 18, n. 3, 2022.

VIEIRA, V. A. As tipologias, variações e características da pesquisa de marketing. *Revista FAE*, v. 5, n. 1, p. 61-70, 2002.

VILLARINHO, K.; PASCHOAL, T. Teletrabalho no Serpro: pontos positivos e negativos e relações com desempenho profissional, bem-estar e contexto de trabalho. Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisas em Administração, 40, 2016.

YIN, R. K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

ANÁLISE SOBRE A ADOÇÃO DO PRAGMATISMO JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO POR MEIO DA INCLUSÃO DO ART. 20 NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO



Dayana Alves Guimarães

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-graduação em Direito Administrativo pela UFMG. Pós-graduação em Direito Processual pela PUC Minas. Analista Legislativo da Assembleia Legislativa de Minas Gerais (ALMG).

Sumário: 1. Introdução; 2. A teoria do pragmatismo jurídico; 3. A utilização de argumentos consequencialistas como fundamento para o processo decisório – a introdução do artigo 20 na LINDB; 4. Críticas à utilização de argumentos consequencialistas como fundamento para o processo decisório à luz da aplicação do artigo 20 da LINDB; 5. Conclusão; Referências.

Resumo: A Lei nº 13.655/2018 incluiu dispositivos na LINDB com o principal objetivo de elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do Direito Público. Tendo em vista as muitas críticas lançadas ao artigo 20 e seu relevante impacto na atuação dos agentes públicos, no presente artigo, avalia-se se as referidas alterações podem traduzir a adoção da teoria do pragmatismo jurídico no Direito brasileiro, bem como sua adequabilidade ao alcance dos objetivos da lei. Para a persecução desse fim, foram adotados como marco teórico os pressupostos da teoria do pragmatismo jurídico de Richard Posner e Neil MacCormick, estruturando-se sobre a vertente jurídico-dogmática, por meio do raciocínio hipotético dedutivo. Foram realizadas análises de conteúdo, avaliando-se a justificativa da proposição da lei e os pressupostos à teoria do pragmatismo jurídico, por meio de levantamento bibliográfico, bem como os estudos que trataram da aplicação de argumentos consequencialistas nas decisões. Conclui-se que o legislador não optou pela adoção da supramencionada teoria e que, ademais, sua utilização não se mostra adequada para atender aos anseios da lei, em especial, os relativos ao alcance da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões, dado os inúmeros desafios para a sua aplicação.

Abstract: The Law nº 13.655/2018 included provisions in LINDB with the main objective of raising the levels of legal security and efficiency in the creation and application of public law. In view of the many criticisms leveled at article 20 and its relevant impact on the performance of public agents, this study aimed to assess whether these changes can translate the adoption of the theory of legal pragmatism in Brazilian law, as well as its suitability to achieve the objectives of law. For the pursuit of this end, the assumptions of the theory of legal pragmatism by Richard Posner and Neil MacCormick were adopted as theoretical framework, structuring itself on the legal-dogmatic aspect, through deductive hypothetical reasoning. Content analyzes were performed, evaluating the justification of the law's proposition and the assumptions of the theory of legal pragmatism, through a bibliographic survey, as well as studies that dealt with the application of consequentialist arguments in decisions. It concluded that the legislator did not choose to adopt the aforementioned theory and that, furthermore, its use is not adequate to meet the demands of the law, in particular those relating to the achievement of legal certainty and predictability of decisions, given the numerous challenges for your application.

Palavras-chave: LINDB. Pragmatismo jurídico. Consequências práticas da decisão. Segurança jurídica. Previsibilidade e efetividade das decisões.

Keywords: LINDB. Legal pragmatism. Practical consequences of the decision. Legal Security. Predictability and effectiveness of decisions.

1 INTRODUÇÃO

Com a finalidade de “elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público” (BRASIL, 2015, p. 4), foi apresentado para apreciação pelo Congresso Nacional, em junho de 2015, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 349/2015, de autoria do senador Antonio Anastasia, cuja ementa consistia em incluir, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), disposições relativas à eficiência e segurança jurídica na criação, interpretação e aplicação das normas de Direito Público. Após aprovação, tal projeto deu origem à Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 (BRASIL, 2018a).

Promulgada por meio do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (BRASIL, 1942), a LINDB, conforme preceitua Diniz (2018), possui natureza de *lex legum* (lei das leis), ou seja, é um conjunto de normas que se relaciona com as demais normas do ordenamento jurídico, determinando como devem ser aplicadas, sua vigência e eficácia, dimensões e resolução de situações conflituosas que possam ocorrer no contexto jurídico. É, pois, um conjunto de normas sobre normas, “uma norma ‘de sobredireito’ [...] que rege a interpretação e aplicação de outras normas, sejam estas privadas ou públicas” (BRASIL, 2016, p. 3), aplicando-se a todos os ramos do Direito.

Amparando-se nos estudos de Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, a proposição buscava consolidar entendimentos relativos ao controle e às decisões administrativas, haja vista a necessidade de fazer frente à ampliação cada vez maior da legislação administrativa apta a regular a atuação dos agentes públicos, tendo impacto direto no aumento do regramento processual e de controle interno e externo da atividade administrativa e, conseqüentemente, na estabilidade institucional e na segurança jurídica dos administrados que se submetem aos atos administrativos editados pela administração pública.

Considerada relevante incremento legislativo ao objetivar melhorar a qualidade das decisões tomadas no âmbito de todos os poderes do Estado e dos órgãos de controle, a proposta traria, ainda, maior coerência ao sistema jurídico, unificando conceitos isolados, proporcionando previsibilidade das decisões e proteção das expectativas dos administrados, na medida em que exige “uma avaliação econômica (*lato sensu*) da decisão de invalidar, inclusive levando em conta seus possíveis impactos” (BRASIL, 2016, p. 6) com vistas a evitar danos excessivos aos que estão sujeitos a relações jurídicas com a administração pública. Além disso, estabeleceu balizas para proteger a atuação do gestor público de boa-fé de abusos de órgãos de controle, que devem atuar em conjunto com o Poder Executivo com vistas a otimizar a busca pelo interesse público.

Insta salientar que importantes associações representativas de magistrados, membros do Ministério Público e procuradores sugeriam ao presidente da República o veto do projeto de lei aprovado. Tais instituições apontaram como problemáticos os dispositivos relativos ao subjetivismo consequente da utilização de valores jurídicos abstratos, além da possível interpretação casuística e arbitrária ao se flexibilizar o instituto da responsabilidade objetiva do Estado, fazendo com que os fins justifiquem os meios, sendo, pois, incompatível com a administração pública. Apontaram, ainda, como carente de profunda análise a determinação legal constante na interpretação das leis que deverá considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, bem como as exigências das políticas públicas a seu cargo.

Um ponto que merece destaque, nesse contexto, gira em torno da discussão sobre a adoção da teoria do pragmatismo jurídico no Direito brasileiro, dada a inclusão do artigo 20 no texto da LINDB. Fato é que o legislador deu tamanha importância à análise das “consequências práticas da decisão” que permite, inclusive, o uso motivado de “valores jurídicos abstratos” como fundamento decisório. O objetivo de tal opção legislativa, afirma Nakaoka (2019), consiste no aperfeiçoamento das decisões tomadas em

sede de controle revisional, restringindo o campo de discricionariedade das decisões fundamentadas em conceitos jurídicos indeterminados, pois, ao se basear em alternativas existentes no caso concreto, ocorrerá melhor balanceamento da decisão e melhoria de sua efetividade.

Nesse contexto, autores como Justen Filho (2018) defendem que as consequências práticas da decisão devem ser utilizadas como um norte para se chegar à solução dos casos concretos pendentes de análise jurídica. Outros, entretanto, defendem que o pragmatismo jurídico, por suas várias limitações, não seria compatível normativamente com o arcabouço normativo brasileiro, não contribuindo para a integridade e a coerência do sistema jurídico, conforme análise empreendida na quarta parte do presente artigo. Além do mais, seria necessário considerar que, na prática, ocorreram obstáculos para a avaliação das consequências e das alternativas possíveis, o que inviabiliza sua adoção com fundamento para a tomada de decisão.

À vista de tais considerações e do relevante impacto que as referidas alterações causam na atuação de seus destinatários, é objetivo deste estudo avaliar se as alterações promovidas pela inclusão do artigo 20 na LINDB podem traduzir a adoção, no Direito brasileiro, da teoria do pragmatismo jurídico. Ademais, busca-se avaliar se tal teoria é adequada para o alcance dos objetivos pretendidos pelo legislador ao estabelecer que a obrigatoriedade da avaliação das consequências práticas da decisão, quando da utilização de valores jurídicos abstratos para fundamentar suas decisões, contribuirão para a segurança jurídica, a eficiência e a estabilidade das decisões no âmbito da administração pública.

Para cumprir o propósito deste artigo, foi adotada a vertente metodológica jurídico-dogmática para a compreensão das relações normativas em estudo com a avaliação das estruturas interiores ao ordenamento jurídico, avaliando-se a eficiência das relações entre os institutos (GUSTIN; DIAS, 2010). Ou seja, busca-se promover a análise sistemática da norma, seguindo os princípios e os conceitos já existentes na ciência jurídica. Quanto às técnicas de pesquisa, serão utilizados os procedimentos da pesquisa teórica, tendo em vista que será examinado o conteúdo da legislação em estudo, além dos entendimentos da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto. Ademais, serão avaliados os argumentos prós e contrários ao dispositivo em análise, levantados pelos órgãos envolvidos na esfera decisória, em especial, os constantes nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.146,¹ que se encontra em tramitação no Supremo Tribunal Federal (STF).

2 A TEORIA DO PRAGMATISMO JURÍDICO

Em que pese a utilização dos valores jurídicos fosse mais usualmente adotada no Direito pré-positivista, os autores que se baseiam nas teses pragmatistas e consequencialistas associam suas ideias ao uso desses valores, que podem ser conceituados, segundo Alves (2019, p. 116), como “o interesse ou o bem que uma norma jurídica pretende tutelar ou proteger”, ou seja, cuida da finalidade almejada pelo dispositivo normativo, qual seja, o interesse ou o bem jurídico que a norma busca promover, tendo em vista que a lei é a própria positivação de um fim reconhecido pela autoridade competente para a sua elaboração. Nas palavras de Reale,

Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente, um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando a ação dos homens no sentido e atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou uma norma, que representa uma relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ou ao valor. (REALE, 2000, p. 65)

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.146*. Rel. Min. Nunes Marques. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5702503>. Acesso em: 20 fev. 2021.

Desta feita, o Direito serviria para assegurar determinados valores jurídicos almejados pela legislação, tais como o bem comum, a justiça, a liberdade, a paz social, a segurança jurídica, entre outros. Sendo assim, podem ser utilizados como vetores interpretativos na solução de problemas concretos, o que faz com que a ideia seja resgatada para a utilização nos tempos atuais, nos quais “o uso de valores voltou a fazer parte da atividade de adjudicação jurídica, principalmente pela via dos princípios” (ALVES, 2019, p. 117), inaugurando o, por vezes, denominado neoconstitucionalismo.

Entre os principais defensores da teoria do pragmatismo jurídico, encontram-se Richard Posner e Neil MacCormick.

Para Posner, cuja teoria se denominou pragmatismo cotidiano, as decisões devem ser baseadas em fatos e consequências, e não em conceitualismos e generalizações, o que vai de encontro ao pensamento positivista, que realiza sua atividade cognitiva baseado no “exame da jurisprudência, da legislação, da regulamentação executiva e dos dispositivos constitucionais. O pragmatista, por sua vez, tem outras prioridades, ele quer encontrar a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras” (ALVES, 2019, p. 122).

Isso não quer dizer, todavia, que o pragmatismo defendido por Posner ignore a legislação e a jurisprudência. Estas, no entanto, servem como ponto de partida para o processo decisório que vai além, de modo a considerar as consequências da escolha entre as alternativas possíveis para a solução do dado caso concreto. Sua teoria, acrescenta-se, não leva em conta apenas as consequências imediatas da decisão, mas faz uma análise de forma a identificar e apontar as consequências sistêmicas, que se associam ao dever de coerência e imparcialidade da norma jurídica. Assim:

A chave da teoria pragmática de Richard Posner, portanto, é a comparação das consequências mediatas e de curto prazo da solução proposta com suas consequências mais amplas, no que se refere ao eventual abalo que ela possa gerar aos valores da coerência, generalidade, previsibilidade e imparcialidade da norma jurídica. (ALVES, 2019, p. 123)

Para o autor, devem ser levadas em conta todas as circunstâncias deduzidas das normas jurídicas, sejam elas específicas ou sistêmicas, admitindo-se que o juiz adote uma retórica formalista em suas decisões, incorporando estratégias pragmáticas, de maneira que “a adesão a uma regra, após a consideração de todas as consequências e circunstâncias, pode ser o melhor procedimento a seguir em determinado caso concreto” (ALVES, 2019, p. 124), caracterizando um julgamento pragmático, mas não necessariamente consequencialista.

Com efeito, a teoria de Posner não retira a importância normativa, mas apenas agrega outros subsídios que, junto às demais fontes ortodoxas do Direito, fazem parte do instrumental colocado à disposição do juiz para ser base para suas decisões nos casos concretos, havendo o acréscimo de outros elementos na análise cognitiva do julgador, quais sejam, a legislação e a jurisprudência. Entretanto, não se pode deixar de considerar que as eventuais consequências sistêmicas negativas devem ser sopesadas para que se evite o abalo à integridade do sistema que a norma jurídica visa preservar.

Posner adverte para a necessária aplicação cuidadosa da teoria do pragmatismo jurídico tendo em vista a complexidade acentuada da decisão que a envolve. Dessa maneira, deve-se se preocupar em formar juristas habilitados a utilizar os instrumentos teóricos que permitam a análise dos aspectos extrajurídicos envolvidos na decisão, bem como em conhecer as especificidades das ciências sociais para que possam utilizá-las de maneira adequada. É preciso se atentar, ainda, conforme adverte Alves (2019), para o risco de os tribunais utilizarem os preceitos pragmáticos indiscriminadamente para qualquer decisão, bem como não motivar adequadamente seus atos.

Em que pese a advertência, Posner defende que “o pragmatismo é o melhor guia para a melhoria do desempenho judicial e, desse modo, a melhor teoria normativa, assim como positiva, do papel judicial” (ALVES, 2019, p. 125), tanto que o autor chega a admitir, posteriormente, a superação da norma posta, em casos excepcionais, nos quais sua observância promova a produção de consequências drásticas.

Por sua vez, Neil MacCormick parte do pressuposto de que as decisões estabelecem padrões de comportamento para o destinatário da norma e para o próprio julgador, constituindo-se como “normas de conduta a serem aplicadas para o futuro [...] ordenam as consequências não de se seguir a determinadas condições” (ALVES, 2019, p. 126). Assim, as consequências a serem ponderadas pelo julgador não levam em conta apenas os efeitos causais e os resultados da decisão, mas, também, os prováveis impactos da referida decisão no comportamento das pessoas. Como consequência, o órgão deve considerar o caráter universalizante da decisão que não soluciona apenas aquele caso concreto, mas servirá de parâmetro para todos os outros casos análogos futuros.

Por conta disso, há limites ligados à coesão e à coerência do sistema jurídico que devem ser respeitados na tomada de decisão baseada em fundamentos consequencialistas, haja vista a existência de certo subjetivismo intrínseco nesta. As decisões, portanto, não podem ser tomadas quando existir alguma contradição com alguma norma jurídica tida como obrigatória no arcabouço normativo, além de sempre estarem compatíveis com os valores jurídicos existentes, contribuindo, assim, para a racionalidade e a segurança jurídica do sistema jurídico.

MacCormick (2009, p. 277) defende que se deve recorrer às consequências quando estão presentes problemas de interpretação na norma, ou seja, “quando surgem problemas de interpretação, eles somente podem ser resolvidos através de recursos a argumentos consequencialistas e/ou argumentos de princípios, que envolvam tanto uns como os outros, um apelo a valores concebidos como essenciais ao direito”, o que traduz uma sobreposição da ordem jurídica sobre a utilização pura e simples do pragmatismo.

Assim, na solução de casos difíceis, ou seja, aqueles capazes de resultar em interpretações distintas com respostas conflitantes, mas, ao mesmo tempo, legalmente admissíveis, deve a decisão:

[...] ser testada pela argumentação consequencialista bem como pela argumentação a partir da “coerência” envolvida no recurso ao princípio ou à analogia. E exatamente da mesma forma [...] deve ser aplicado o teste para verificar a coesão. É preciso demonstrar que a decisão em questão não contradiz nenhuma norma estabelecida de direito, dada uma interpretação ou explicação correta de uma norma dessas à luz de princípios e políticas de interesse público. (MACCORMICK, 2009, p. 326)

Segundo Abboud (2019), MacCormick afirma existir dois polos extremistas no que diz respeito à aceitação dos argumentos consequencialistas elegíveis a justificar as decisões judiciais: de um lado, os que defendem as consequências como única justificativa possível para uma decisão; e, de outro, quem as desqualifica completamente como capazes de fundamentar qualquer decisão, não importando quão complexa seja. Quem as defende de forma extrema parte do pressuposto de que existe “algum critério único e último que possa servir de régua para calcular a relação custo-benefício das consequências provenientes da decisão tomada” (ABBOUD, 2019, p. 4) que acabam por justificar decisões tomadas no âmbito do Poder Judiciário que se baseiam nas melhores consequências práticas, sejam elas econômicas, políticas ou sociais.

Com efeito, MacCormick, ao defender que a utilização das consequências exige a demonstração de não contrariedade ao direito posto, rejeita ambos os polos e reconhece a existência de apenas algumas consequências como aptas a justificar as decisões judiciais. Mostra-se, assim, contrário ao ativismo

judicial puro e simplesmente fundamentado em argumentos consequencialistas.

A adoção da teoria do pragmatismo jurídico como instrumento decisório, entretanto, não é pacífica na doutrina. Entre os autores que a condenam, encontra-se Ronald Dworkin, a quem

O pragmatismo adota uma atividade cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si só, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva. (DWORKIN, 2014, p. 185)

Como consequência, há o aumento da insegurança jurídica, tendo em vista que os julgadores possuem concepções prospectivas diferentes do que seria ideal em uma decisão, pois cada um considera as consequências prováveis de acordo com o que entende que seja bom para a comunidade, seguindo suas aceções pessoais. Além disso, ao defender que os juízes avaliem a legislação a ser aplicada no dado caso concreto, abre-se espaço para um maior subjetivismo, que não contribui para a melhora da qualidade decisória. Tal afirmação reforça a teoria de Dworkin, a quem o direito deve ser avaliado integralmente e “seus princípios políticos aprovados pela legislatura e os procedimentos previstos para julgamentos são respeitados e plenamente aplicados ao se decidir uma controvérsia” (ALVES, 2019, p. 132).

Dworkin defende que, mesmo nos casos de difícil solução, deve o juiz decidi-lo com base na argumentação principiológica “que são, em apertada síntese, aqueles standards que justificam uma decisão política, mostrando que ela respeita ou protege os direitos de um indivíduo ou grupo” (ABBOUD, 2019, p. 2), trazendo a ideia de direito como integralidade. Nesse sentido, ao juiz é atribuída a incumbência de manter a cadeia de significação das decisões, respeitando os princípios que suportam determinada comunidade política e contribuindo para a manutenção da coerência e da integridade da jurisprudência, cuja quebra exige um maior ônus argumentativo. Assim,

Na visão de Dworkin, a ideia de direito como integridade não só garante benefícios instrumentais como previsibilidade nas decisões (que poderíamos chamar aqui de segurança jurídica), ou certa equidade procedimental, como também dá legitimidade à decisão judicial pela manutenção da cadeia de sentidos estabelecida pelas decisões anteriores, privilegiando, portanto, os princípios da comunidade. (ABBOUD, 2019, p. 2)

Outros autores criticam a aplicação do pragmatismo às decisões se concentrando na ideia de que há ressalvas à aplicação de fatores extrajurídicos, como a análise das consequências econômicas de uma decisão, tendo em vista que, “embora se alimente de fatores externos ao ambiente, estando cognitiva e semanticamente aberto, ele o faz mediante um processo de seleção, que converte os dados externos em próprios de seu sistema, pela via do processo legislativo” (ALVES, 2019, p. 128). Sustentam, ainda, que o pragmatismo jurídico é incapaz “de reduzir as incertezas verificadas na solução das controvérsias a partir do uso de concepções filosóficas, morais e metafísicas” (ALVES, 2019, p. 129). Além disso, criticam a subjetividade que pode estar presente nas decisões tomadas com base no pragmatismo de Posner, dado que

[...] cada juiz terá sua própria concepção de bem comum e de melhor consequência da decisão judicial. Desse modo, o pragmatismo cotidiano defendido por Posner parece autorizar (ou validar) uma subjetividade latente no processo de tomada de decisão judicial, sendo que um dos grandes problemas dessa teoria é que o próprio autor não é capaz de apontar quais seriam tais afins, o que, ao contrário do que afirma, gera insegurança jurídica. (BUSTAMANTE; FERREIRA, 2015, p. 32)

Ademais, além de não contribuir efetivamente para a estabilidade e a previsibilidade das decisões, importantes vetores econômicos, a ausência de dados e informações confiáveis disponíveis para que o julgador possa definir, com elevado grau de certeza, qual a decisão deve ser tomada no caso é outro fator a ser levado em consideração. O problema consiste, segundo Schuartz (2008, p. 135), na dificuldade em obter “acessos às informações necessárias para garantir às decisões a satisfação das condições de adequação que lhe são impostas por tais teorias e conceitos”, haja vista a escassez de informações pertinentes em bancos de dados. Há quem defenda, a exemplo de Sundfeld e Jurksaitis (2016), que a aplicação do pragmatismo jurídico pode levar, ainda, à criação de políticas públicas pelo órgão competente para a tomada de decisão, tendo em vista a alta capacidade de a decisão intervir na realidade social.

Um risco adicional que deve ser considerado ao se prestigiar a aplicação do pragmatismo jurídico é o protagonismo dado às consequências práticas da decisão que pode influenciar a formação de decisões em sentido inverso: fazer com que “o sentido normativo seja construído em razão da consequência considerada ótima pelo julgador” (DIDIÉ; OLIVEIRA, 2019, p. 153). Tal entendimento pode ser depreendido, tendo em vista que tal teoria possui o condão de conferir maior liberdade a quem está analisando o caso concreto, o que torna tal raciocínio e, conseqüentemente, a decisão incompatíveis com os postulados jurídicos da integridade e da coerência do Direito, ao prestígio da utilidade prática da decisão.

Afora todas as críticas, Alves (2019) afirma ser importante destacar que mesmo Posner e MacCormick defendem a necessária observância às regras positivas, sendo que este acrescenta os critérios de coesão e de coerência para a tomada de decisão baseada a partir das consequências, tendo em vista que “o uso das consequências e das circunstâncias contextuais para a adjudicação jurídica deve ocorrer somente quando o juiz se depara com casos difíceis, ou seja, quando, na concepção do juiz, se esgota o ferramental oferecido pelo formalismo jurídico” (ALVES, 2019, p. 132). Reconhece-se, entretanto, a dificuldade de eliminação da insegurança jurídica nas zonas de indeterminação existentes e que a utilização das consequências não objetiva a tomada de decisão nesses casos, dada a dificuldade para eleger as melhores consequências que poderão, ainda, ecoar em futuras decisões.

Em que pese os argumentos contrários existentes na doutrina sobre a aplicação da teoria do pragmatismo jurídico, podem-se observar algumas decisões do STF que evidenciam a utilização de um dos polos extremistas referidos por MacCormick. Tal postura da referida corte caracteriza uma resposta ativista-consequencialista, e não jurídica, ao se avaliar determinadas escolhas pretensamente aptas a produzir as melhores consequências práticas, sejam elas econômicas, políticas ou sociais (ABBOUD, 2019, p. 4). Em tais decisões, a principal crítica que se faz relaciona-se ao presente desprezo ao regramento legal vigente que contribui para o déficit de legitimidade de tais decisões judiciais, levando em conta que, conforme conceitua Abboud (2019, p. 5), “será ativista toda decisão que não se embasa no direito e sim em fatores metajurídicos como a moral, economia, política dentre outros”.

Alguns traços essenciais dessas decisões podem ser sintetizados, quais sejam:

[...] (i) remissão frequente ao que chamamos anteriormente de “régua única”, como se um determinado fator pudesse medir o custo-benefício consequencial (essa régua geralmente aparece sob o nome de “clamor popular”); (ii) efetiva substituição do direito vigente; e (iii) pouco ou nenhum lastro em dados empíricos que sirvam de supedâneo às consequências antevistas. (ABBOUD, 2019, p. 4)

Exemplo de decisão em que resta evidenciado o supramencionado ativismo consequencialista é a Ação Penal nº 937 (BRASIL, 2018b), na qual foi levantada questão de ordem versando sobre a limitação do foro

por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele. Fixou-se o entendimento de que o foro por prerrogativa de função se aplica apenas quanto aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e a ele relacionados, representando uma tentativa de racionalizar o combate à corrupção, sob o argumento de as instâncias inferiores estarem supostamente submetidas a menores pressões políticas, bem como considerada a possível tramitação mais célere dos processos. Entretanto, conforme aduz Abboud (2019, p. 5), “o STF alcançou resultado interpretativo distinto do texto constitucional, com o argumento eficientista de que haveria aí maior eficiência no combate à corrupção”.

Também restou evidenciada tal aplicação no Inquérito Penal nº 4.435/DF (BRASIL, 2019b), no qual se discutia a questão da competência para o julgamento de crimes eleitorais conexos a crimes comuns. Embora tenha sido fixada a competência da Justiça Eleitoral, seguindo a disposição expressa no ordenamento jurídico, cinco dos ministros defenderam ser a Justiça Federal competente sob o simples argumento de “maior eficiência da justiça federal para o julgamento dos crimes comuns conexos aos crimes eleitorais e, portanto, no combate à corrupção” (ABBOUD, 2019, p. 5).

Outro caso exemplar refere-se à Suspensão de Liminar nº 1.178/PR (BRASIL, 2018c), ocorrida durante o período eleitoral de 2018, na qual o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva restou impedido de conceder entrevista ou declaração a qualquer meio de comunicação, seja a imprensa seja outro veículo destinado à transmissão de informação para o público em geral, podendo configurar crime de desobediência a divulgação de qualquer entrevista ou declaração que já tenha sido realizada antes da decisão liminar. A decisão considerou que, “no caso em apreço, há elevado risco de que a divulgação de entrevista com o requerido Luiz Inácio Lula da Silva, que teve seu registro de candidatura indeferido, suspendendo liminar, cause desinformação na véspera do sufrágio, considerando a proximidade do primeiro turno das eleições presidenciais” (ABBOUD, 2019, p. 6), em afronta à disposição legal expressa na legislação de execução penal. Entretanto, há de se considerar ser impossível prever os efeitos práticos causados por uma eventual declaração, além do flagrante desrespeito ao direito fundamental da livre manifestação do pensamento.

A tomada de decisões à revelia das disposições expressas em textos constitucional e legal, colocando em evidência as alusivas consequências práticas, faz com que, ao arrepio do ordenamento jurídico, sejam considerados válidos argumentos econômicos, políticos e de clamor popular que, em grande medida, não são saudáveis para a construção de um arcabouço normativo completo e integrado, o que não contribui para o fortalecimento democrático, na medida em que as decisões ficam sujeitas ao ativismo e ao subjetivismo do julgador.

3 A UTILIZAÇÃO DE ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS COMO FUNDAMENTO PARA O PROCESSO DECISÓRIO: A INTRODUÇÃO DO ARTIGO 20 NA LINDB

O *caput* do artigo 20 acrescido à LINDB assim dispõe:

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

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (BRASIL, 1942)

Primeiramente, cabe identificar quais seriam os destinatários da norma constante no referido dispositivo. Da leitura do *caput*, nota-se que o comando legislativo é bastante abrangente ao se aplicar às “esferas administrativa, controladora e judicial”, o que leva à conclusão de que sua aplicação será feita em todas as esferas de atuação estatal. Entretanto, o parágrafo único dispõe que a motivação é exigida para a demonstração da necessidade e da adequação da medida ou, *a contrario sensu*, para a invalidação do ato administrativo, o que força a conclusão de que se trata de um órgão revisional de um ato anteriormente executado. Desta feita, conforme afirma Nakaoka (2019, p. 200), “a leitura combinada do *caput* e Parágrafo único propicia ao intérprete concluir que o destinatário da norma é o revisor, isto é, o julgador”.

Partindo-se de tal constatação, pode-se afirmar que os tribunais de contas e os órgãos do Poder Judiciário têm papel de destaque no âmbito da análise do dispositivo, haja vista a necessária reflexão sobre sua postura ativa de interferência na formulação de políticas públicas e na própria condução da atividade administrativa por deterem

[...] papel de construtores ativos do direito público [...] Passaram a estabelecer deveres, padrões de comportamento e comandos concretos de conduta às entidades estatais, aos gestores públicos e aos particulares que se relacionam mais estreitamente com eles. (SUNDFELD; JURKSAITIS, 2016, p. 22)

Ainda durante a tramitação do PLS nº 349/2015 no Senado Federal, o papel dos referidos órgãos foi objeto de discussão ao se analisar a redação do dispositivo em comento. Para a relatora, senadora Simone Tebet (BRASIL, 2016, p. 7), a previsão da norma de levar em conta as consequências práticas da decisão, considerando as possíveis alternativas, é conveniente e oportuna, haja vista que, no exercício de suas funções, deverá ser considerada a realidade na qual está inserido o gestor fiscalizado, além de exigir critérios mínimos para a dosimetria de sanções administrativas que causa numerosos problemas práticos.

No contexto dessas discussões, foi produzido importante trabalho sob a coordenação de Flávio Henrique Unes Pereira (2015a), contendo “Estudos sobre o Projeto de Lei nº 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público”. Publicado pelo Senado Federal com o apoio do senador Antonio Anastasia, autor do referido projeto de lei, defendeu-se que o fundamento para a mudança se encontra na defesa do Estado de Direito contemporâneo, no qual “o ambiente institucional tem de ser capaz de conciliar as mudanças e controles com o valor da segurança jurídica, evitando que pessoas e organizações vivam em permanente risco e instabilidade” (PEREIRA, 2015, p. 5).

Em um contexto em que os órgãos de controle da administração pública são cada vez mais numerosos e autônomos, tem-se como consequência a ampliação de suas competências, necessárias para fazer face à complexidade das relações sociais e econômicas, à amplitude da atuação estatal e à crescente margem de interpretação da esparsa legislação aplicável à atuação do gestor público. Além disso, o risco da existência de interpretações cada vez mais divergentes com a utilização de princípios de forma indiscriminada acaba afastando a aplicação da lei em casos em que esta é, por vezes, omissa (MARQUES NETO; MOREIRA, 2015).

Desta feita, o PLS propõe medidas para combater relevantes fatores de distorção encontrados na atuação decisória da administração pública, tais como:

[...] – o alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas;

– a relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma;

- a tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas;
- a dificuldade de o Poder Público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigação por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas;
- a instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle;
- os efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações); e
- o modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública. (SUNDFELD; MARQUES NETO, 2013, p. 278)

Por outro lado, as disposições da antiga LINDB, inicialmente concebida para se prestar especificamente a conferir identidade normativa às normas do Direito privado, tratando da aplicação da lei em seu sentido literal e monolítico, não mais atendiam aos anseios e às mudanças sociais que exigem compreender o Direito sob o ponto de vista prospectivo e plurissubjetivista dos efeitos das decisões. A disciplina jurídica passa a ser construída, assim, da “experiência social e nela se desenvolvem (mesmo quando aprisionadas). Direito não é a matéria codificada – ele não nasce dos códigos, mas sim da vida (e nela se desdobra)” (MARQUES NETO; MOREIRA, 2015, p. 10-11).

Com efeito, as alterações integradas à LINDB, além de se aplicarem às normas de Direito privado, passam, expressamente, a orientar a aplicação do Direito público, objetivando traçar balizas interpretativas para a atuação dos órgãos administrativos, jurisdicionais e de controle, estabelecendo parâmetros de estabilidade e de previsibilidade das relações em que a administração pública esteja envolvida. Ademais, grande preocupação se mostra com a segurança jurídica das decisões que possuem o condão de afetar a vida dos particulares, sendo de suma importância que seja preservado o entendimento já exarado, prevendo-se um regime de transição proporcional eficiente e equânime que garanta tal segurança perante os atos administrativos, já que, conforme ensinam Marques Neto e Moreira (2015, p. 12), “os artigos que se pretende incluir na Lei de Introdução a um só tempo permitirão a positivação das melhores práticas do direito público contemporâneo e serão um poderoso instrumento para aperfeiçoar a segurança e certeza jurídicas”.

Assim, nas palavras de Sundfeld e Marques Neto (2015, p. 7-8), o objetivo do PLS nº 349/2015 foi “melhorar a qualidade da atividade decisória pública no Brasil, exercida nos vários níveis da Federação (federal, estadual, distrital e municipal) e nos diferentes Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e órgãos autônomos de controle (Tribunais de Contas e Ministérios Públicos)” e, ao incluir os artigos 20 a 29 na LINDB, pretendeu, ainda, estabelecer novas diretrizes para decisões tomadas com base em normas indeterminadas; regime jurídico negocial entre autoridades públicas e privadas; criação da ação civil pública declaratória de validade, com efeitos *erga omnes* para fins de estabilidade de atos administrativos; proibição de invalidação de atos por mudança de orientação; disciplina para os efeitos de invalidação de atos administrativos; proibição de responsabilização de autoridades por decisões revistas; obrigatoriedade de consulta pública para a edição de atos regulamentares; e possibilidade de compensação de benefícios ou prejuízos sofridos no âmbito processual. Tais dispositivos representam “normas gerais sobre criação, interpretação e aplicação do direito público” aplicáveis nacionalmente para autoridades de todas as esferas da federação de quaisquer dos poderes e órgãos do Estado.

Nesse diapasão, sem fazer uso da denominação teórica, a fundamentação do PLS nº 349/2015 reconhece a necessária relevância de “vetores de ordem ideológica, política e jurídica que levam o Judiciário a ter

que se preocupar cada vez mais com consequências agregadas de suas decisões” (SUNDFELD; SALAMA, 2015, p. 14), sendo citado o estudo realizado por Bruno Salama e Mariana Pargendler (2013) no qual se defende a adoção do consequencialismo na aplicação do Direito brasileiro, de modo que se privilegie não só a análise pretérita do caso concreto que influencia a escolha do suporte normativo que incidirá para sua solução, mas, ainda, juízos probabilísticos prospectivos para a concretização dos fins jurídicos consubstanciados em princípios. Para os citados autores, reconhece-se, portanto, uma crescente expansão de estudos sobre as consequências da aplicação do Direito na realidade econômica e social, ligada a três aspectos.

O primeiro diz respeito aos vetores de interpretação e de aplicação das normas jurídicas que sofrem influência direta das transformações ocorridas na realidade social, o que proporciona a formação de um modelo mais aberto, com base em princípios, que favorece a recorrência a argumentos consequencialistas passíveis de justificar decisões jurídicas. O segundo se refere à fenomenologia jurídica, que leva em conta fatores extrajurídicos que interferem cada vez mais no movimento interpretativo do Direito brasileiro, haja vista que a aplicação dos princípios exige a avaliação da proporcionalidade entre meios e fins, o que necessariamente leva à análise dos efeitos concretos e futuros de uma dada decisão. Por fim, liga-se, ainda, aos limites interpretativos e de aplicação da norma jurídica que se traduzem pela própria incerteza das consequências concretas da decisão, resultando na inconveniente utilização do consequencialismo extremado como forma de organização jurídica e social, tendo em vista que a ciência do Direito não pode substituir o juízo de ponderação dogmático – e não científico – do aplicador do Direito que sempre subsistirá.

Aplicar a norma jurídica significa “editar um ato para disciplinar uma situação concreta, tendo por fundamento as normas de hierarquia mais elevada” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 15) e é condicionada à observância do devido processo previsto pelo próprio Direito, sendo vedadas avaliações subjetivas por parte do órgão decisório, devendo a solução ser compatível com as normas jurídicas. Entretanto, encontrar a norma jurídica aplicável não se torna tarefa fácil para o operador do Direito, haja vista a pluralidade de soluções possibilitadas pelas normas existentes no complexo normativo, o que torna, conforme ensina Justen Filho (2018, p. 17), “imprevisível a decisão concreta que será efetivamente adotada para o caso concreto”. Soma-se a isso o fato de que a sociedade é multiclasse, pulverizada, com diferentes níveis de representação no parlamento, e que a obsolescência e a imprevisibilidade do Direito fazem multiplicar o número de normas abstratas e gerais no arcabouço legislativo.

A discussão da redação do artigo 20 da LINDB, objeto deste estudo, perpassa, portanto, para além da análise normativa e alcança o nível ideológico, político e jurídico em sentido amplificado, que conduz os órgãos controladores, sejam eles administrativos, judiciais e controladores em sentido estrito, como os Tribunais de Contas da União e dos estados, à preocupação com as consequências práticas de suas decisões. Admitindo, ainda, que as decisões possam se basear em “valores jurídicos abstratos” entendidos como princípios que, pela importância, possuem força normativa a exigir dos administradores, juízes e controladores que tomem decisões não só amparados na literalidade da lei, mas levando em conta aspectos extrajurídicos que envolvem o caso concreto. Assim, “a proposta é que eles tenham de ponderar sobre ‘as consequências práticas da decisão’ e considerar as ‘possíveis alternativas’” (SUNDFELD; SALAMA, 2015, p. 14).

Nesse contexto, cabe traçar a diferenciação das normas jurídicas, tradicionalmente divididas entre regras e princípios. Diversamente das regras, que possuem alto grau de determinação para aplicação na situação concreta, os princípios apresentam alto grau de indeterminação jurídica, impondo a utilização de concepções mais gerais vinculadas a valores jurídicos, pois “a norma principiológica não contempla uma situação fática determinada, cuja ocorrência imporia a incidência de um comando. Nem existe

um comando único, específico e determinado, contemplado no princípio” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 20). Com efeito, sua aplicação ao caso concreto compele, logicamente, à construção de uma solução possível para o dado caso concreto, impondo a vinculação a padrões gerais, dadas as circunstâncias que a situação exige. Há de se considerar, ainda, a multiplicidade de princípios introduzidos rotineiramente no ordenamento jurídico nos diversos ramos do Direito que contribuem para o aumento do grau de indeterminação jurídica dessas normas. Todavia, em que pese as regras jurídicas possuam maior grau de determinação, não é correto afirmar que, de sua aplicação, advenha apenas uma única solução possível, visto que mesmo as regras jurídicas possuem graus variáveis de indeterminação, o que exige a análise dos valores e das circunstâncias presente no caso concreto.

Tal cenário pode traduzir o processo decisório como simplista e não entusiasmante. Simplista porque, diante de um caso de difícil resolução, a autoridade opta por uma decisão simplória sem a devida reflexão proporcional à complexidade do problema trazido, não resultando na solução mais adequada e efetiva para o caso. Não entusiasmante porque, diante de alternativas para a solução de um dado caso concreto, surge o risco de decisões divergentes, o que leva o agente estatal a decidir de forma similar ao que já foi decidido anteriormente em um caso semelhante. Tais posturas, de acordo com Justen Filho (2018), manifestam uma “preguiça” do agente em realizar o exercício cognitivo suficientemente adequado para o caso concreto, tendo em vista que “o uso retórico de princípios muito vagos vem sendo um elemento facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo” (SUNDFELD, 2014, p. 225).

Como consequência, tem-se a elevação da insegurança jurídica, já que são invocados fundamentos genéricos e abstratos aptos a legitimar decisões distintas em casos concretos semelhantes. Para resolver essas questões, defende-se a necessidade de ponderação que “exige considerar as consequências práticas de uma decisão, inclusive para evitar a consumação de danos irreparáveis aos próprios valores invocados como fundamento para decidir” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 23). Além disso, uma decisão baseada em fórmulas gerais e imprecisas, sem a observância de suas consequências práticas e a avaliação de alternativas, pode levar a encobrir preferências subjetivas da autoridade decisória, configurando escolhas arbitrárias a ser evitadas.

Assim, o artigo 20 é proposto com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento desse processo de aplicação do Direito. Não significa dizer que não haverá nenhuma margem de autonomia para o órgão decisório, pois não se impede que as decisões sejam tomadas sob o fundamento de “valores jurídicos indeterminados”, ou seja, valores imbuídos de considerável generalidade e abstração. O que se exige, de fato, é que sua utilização seja realizada em “um processo de sua concretização em vista das circunstâncias verificadas no mundo dos fatos” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 25).

Em tal processo de concretização, deve ser exposto o percurso utilizado para a construção da decisão para que se evite a racionalização baseada em uma valoração inconsciente pela autoridade competente, que invoca a utilização de um valor abstrato para justificar uma decisão predeterminada em seu inconsciente. Desta feita, passa a ser exigida a avaliação dos efeitos práticos da decisão para que possa “determinar a compatibilidade da escolha realizada com o valor abstrato invocado [...] em outras palavras, o processo de concretização do valor exige uma estimativa quanto aos efeitos práticos da decisão” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 29).

O dispositivo em comento exige, conforme explica Justen Filho (2018, p. 29), “um processo mental de natureza lógica, fundado no conhecimento técnico e na experiência”, de maneira que a autoridade faça a exposição lógica dos possíveis cenários resultantes da decisão tomada, em uma relação de causalidade de seus efeitos. Tal processo, no entanto, não exige que a autoridade preveja o que não é

previsível ou que avalie aspectos desconhecidos da realidade, fixando apenas que “a autoridade tome em consideração a relevância política, social e econômica” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 30) da decisão, levando em conta o que é possível dentro da condição humana de considerar seus efeitos práticos.

Ademais, o dispositivo exige a avaliação pelo órgão decisório das alternativas existentes para cada decisão, levando em conta a proporcionalidade, ou seja, na lição de Justen Filho (2018, p. 33), “somente se admite a ausência de avaliação das diversas alternativas quando se configurar uma única solução cabível no caso concreto”. Caso haja mais de uma solução possível e não seja exposta a avaliação das alternativas, a decisão pode ser invalidada.

Importa ressaltar que o dispositivo determina que as considerações dos efeitos práticos da decisão constem da motivação do ato decisório. Assim, a motivação torna-se indispensável, tendo em vista tratar-se da exposição dos fundamentos de fato e de direito que justificam a adequação da decisão tomada aos imperativos normativos postos pelo legislador no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, “a motivação deve apresentar o relato das ponderações de todos os envolvidos e a respectiva fundamentação técnica que refute ou acolha tais manifestações” (PEREIRA, 2015, p. 18), incorporando, no caso de se fazer uso de valores jurídicos abstratos, além da indicação dos dispositivos normativos que fundamentam o ato, a referência aos “efeitos práticos estimados e tornar evidente o processo de concretização dos valores” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 32), abordando-se aqui, pois, o dever específico de motivação que deve considerar o raciocínio utilizado pelo julgador para se chegar à decisão.

Importante frisar que tal dever densifica a regra contida no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República de 1988 (CR/88), segundo a qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (BRASIL, 1988). Com efeito, após a avaliação da norma aplicável ao caso concreto, bem como as consequências da decisão, deverá o julgador tomar a medida mais proporcional à vista das circunstâncias do caso concreto, aplicando-se o princípio da proporcionalidade em suas três acepções, quais sejam, a adequação da medida, ou seja, se a decisão a ser adotada é a apta a atingir o fim buscado pela norma; a necessidade da medida, no sentido de que a decisão deve apenas restringir o mínimo necessário para a realização do fim buscado pela norma; e a proporcionalidade em sentido restrito, ou seja, a observância da tomada de decisão que não acarrete sacrifício de valores protegidos constitucionalmente. Tal exigência de proporcionalidade se aplica independentemente do uso ou não de valores jurídicos abstratos como fundamentos da decisão, haja vista que

[...] a decisão será adequada e legítima quando se revelar menos danosa e mais eficaz se consideradas as alternativas possíveis em determinada situação fática. Afinal, o processo e o Direito servem à vida e esta não pode ser atingida sem que sejam mensurados os efeitos de cada solução possível – isso, também, insere-se na dimensão da decisão adequada. (PEREIRA, 2015, p. 18)

Nessa perspectiva, não se pode recusar que o dispositivo estabelece novos parâmetros para a atuação do administrador público e dos órgãos competentes para revisar os atos administrativos, passando a possuir considerável relevância no ordenamento jurídico, em especial, porque exige que o julgador, além de considerar as referidas consequências práticas de sua decisão, “deve expor o caminho que o seu raciocínio percorreu para chegar à percepção sobre tais consequências e para escolher, dentre as opções possíveis, a que lhe pareceu necessária e adequada ao caso” (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p. 144).

Com efeito, a doutrina não nega o argumento de que considerar as consequências práticas da decisão, bem como as possíveis alternativas existentes no caso concreto, pode representar a diminuição da

carência argumentativa e da utilização dos ditos princípios vagos, o que acarreta, conseqüentemente, o aumento da qualidade da fundamentação decisória. Exigir que seja exposto o raciocínio que se utilizou para a tomada de decisão, assim, pode contribuir para a diminuição das críticas sobre um eventual déficit de justificação qualitativa, tendo em vista que “recorrer a um princípio vago e discorrer sobre as conseqüências de alternativas de decisão parece, assim, melhor do que simplesmente mencionar um princípio vago” (LEAL, 2017, p. 17).

Ao estabelecer a obrigatoriedade de se considerar as conseqüências práticas das decisões, o legislador fixa um postulado hermenêutico “normativo que regula o modo como devem ser interpretadas as fontes normativas, como a lei, o contrato ou a decisão” (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p. 146). Foi estabelecida, portanto, uma diretriz interpretativa para o órgão com competência decisória que determina que sejam considerados os efeitos práticos, sempre que sejam utilizados em seus fundamentos “valores jurídicos abstratos”, conforme preceitua Didier e Oliveira:

As referências a princípios como a dignidade da pessoa humana, a economicidade, a moralidade, a impessoalidade, a isonomia, a saúde e a tantos outros que existem por aí devem estar acompanhadas de um esforço argumentativo no sentido não apenas de demonstrar a conformação do conceito indeterminado com o caso concreto (art. 489, §1º, II, CPC), mas também de avaliar as conseqüências práticas do sentido atribuído a esse conceito indeterminado. (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p. 149)

Entretanto, há de se ressaltar que a expressão “valores” foi utilizada erroneamente, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro não abre espaço para uma decisão baseada em “valores”, mas sim em “normas”. Cabe ao intérprete, pois, avaliar a quais normas jurídicas o legislador ordinário se refere (DIDIER; OLIVEIRA, 2019).

Dado tal pressuposto, defende-se que o legislador se refere aos “princípios normativos menos densificados”, quais sejam, “aqueles que são enunciados em termos amplos, sem um sentido unívoco, e que carecem de densificação diante do caso concreto” (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p. 146), tendo em vista que a inclusão de tal postulado normativo somente se justifica caso tenha aplicação nessa espécie de princípio que possui amplitude interpretativa por parte do jurista e que, a depender da interpretação que lhe é dada, pode denotar maior insegurança jurídica. Outro motivo é que resta mais evidente a necessidade de ponderação entre os princípios em conflito do que quando há um eventual conflito entre regras que é resolvido com a exclusão de uma em detrimento de outra. Além disso, exigir que o julgador faça a análise das conseqüências práticas quando for utilizar qualquer valor jurídico abstrato não faz muito sentido, sob o risco de inviabilizar sua atividade diante da infinidade de termos indeterminados presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, pode-se afirmar que

[...] considerando que (a) o principal problema que o dispositivo quer resolver se encontra na aplicação acrítica e superficial de princípios normativos menos densificados; (b) as regras, ainda que vazadas em termos vagos, já prescrevem a conseqüência jurídica que delas se deve esperar; e (c) estender o pragmatismo do dispositivo a regras soa inconsequente, a ponto de pôr na berlinda a própria aplicabilidade do dispositivo, pensamos que o âmbito de aplicação próprio do art. 20 da LINDB são os casos em que a decisão se baseia num princípio normativo menos densificado. (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p. 148)

(continua)

Tal afirmação, no entanto, leva à conclusão, conforme ensina Leal (2017), de que o dispositivo em comento é redundante, pois, “se princípios são normas com estrutura teleológica, a tomada de decisão com base em princípios jurídicos deveria necessariamente envolver um juízo sobre os possíveis efeitos atrelados à aplicação de medidas destinadas a realizar os estados de coisas a eles vinculados”. Com efeito, “o artigo 20 pode significar um simples comando para que essas normas sejam aplicadas como deveriam” (LEAL, 2017, p. 27-28).

Ademais, há vozes que não consideram tal dispositivo como inovação no complexo normativo, haja vista que o artigo 5º da LINDB já prevê de forma genérica que, na aplicação da lei, sejam observadas as “exigências do bem comum”, o que não afasta a consideração dos efeitos da decisão a ser adotada. Pelo contrário, “somente é viável atender às exigências do bem comum quando há uma avaliação das consequências práticas de uma decisão” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 38). Desta feita, o artigo 20 apenas amplia o grau de precisão do já existente artigo 5º e elimina a incerteza quanto ao âmbito de abrangência subjetiva da determinação.

Torna-se, assim, indispensável que a análise do caso concreto seja feita de tal maneira a justificar a aplicação do princípio, de modo a levar em conta as alternativas existentes à vista das soluções possíveis, além dos potenciais efeitos positivos e negativos, tendo em vista que

[...] o profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito. (SUNDFELD, 2014, p. 206)

Didier e Oliveira (2019) defendem, entretanto, que a inclusão do artigo 20 na LINDB inaugura a adoção, no ordenamento jurídico brasileiro, do “postulado hermenêutico do pragmatismo, segundo o qual as consequências práticas devem ser consideradas no momento da valoração e da escolha de um dos sentidos possíveis do texto normativo de conteúdo semântico aberto” (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p. 150), aplicável a todas as decisões tomadas por quem possui tal competência, ou seja, decisões administrativas, dos órgãos de controle, bem como decisões judiciais. Deve-se, pois, realizar uma avaliação ampla que contemple, além dos aspectos jurídico-normativos da questão em discussão, aspectos políticos que levem em conta as consequências práticas, em especial, os relativos aos custos para a implementação da decisão que terá impacto direto na execução de políticas públicas pelo órgão condenado a implementá-la, bem como as alternativas associadas à solução encontrada.

Afora as críticas à teoria do pragmatismo jurídico, Justen Filho (2018) defende, ainda, que, em que pese o artigo 20 tenha previsto expressamente a necessidade de avaliação das consequências práticas da decisão, devendo ser levadas em conta, inclusive, as alternativas existentes no caso concreto, não se pode afirmar que foi imposta a adoção da concepção consequencialista do Direito, tendo em vista não ter determinado de forma imperativa a solução a ser adotada, ao desprezo das normas jurídicas a serem aplicadas no caso concreto. Com efeito, o “dispositivo restringe-se a exigir, de modo específico, que a autoridade estatal tome em consideração as consequências práticas da decisão adotada, inclusive para efeito de avaliação da proporcionalidade da decisão a ser adotada” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 38).

4 CRÍTICAS À UTILIZAÇÃO DE ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS COMO FUNDAMENTO PARA O PROCESSO DECISÓRIO À LUZ DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 20 DA LINDB

Antes da sanção do texto da Lei nº 13.655, de 2018, importantes associações representativas de magistrados, membros do Ministério Público e procuradores sugeriam ao presidente da República o veto do projeto de lei aprovado.² Foram apontados problemas relativos ao subjetivismo impresso com a utilização de valores jurídicos abstratos, além da possibilidade de justificativas vazias para eventual convalidação de ato ou de contratos inexistentes ou nulos. Também apontaram possível

2 Como exemplo, pode-se citar: ANAMATRA. *Associações pedem veto integral ao projeto de lei que altera a Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro*. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26354-associacoes-pedem-veto-integral-ao-projeto-de-lei-que-altera-a-lei-de-introducao-as-normas-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 6 fev. 2021.

inconstitucionalidade na proposta no que tange à responsabilização dos agentes públicos, pois prevê que os mesmos respondem apenas por “dolo e erro grosseiro”, abrindo caminho para se tornar uma lei de impunidade, constituindo-se em verdadeiro contorno à Lei de Improbidade Administrativa. Demais disso, alegou-se que a determinação de que a interpretação das leis considere os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, poderia fazer com que houvesse uma interpretação casuística e arbitrária, flexibilizando o instituto da responsabilidade objetiva do Estado, fazendo com que os fins justifiquem os meios, sendo, pois, incompatível com a administração pública.

Representados pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), associação civil sem fins lucrativos, foi proposta, perante o STF, a ADI nº 6.146 (BRASIL, 2019a), em 22 de maio de 2019, em face dos artigos 20, 21, 22 e 23 da Lei nº 13.655, de 2018, inseridos na LINDB, defendendo carecerem estes de interpretação conforme a Constituição da República. A alegação é de que tais dispositivos precisam se ajustar aos princípios constitucionais da separação dos poderes e do contraditório e ampla defesa, tendo em vista violarem os princípios da inércia de jurisdição, do devido processo legal e da independência do Poder Judiciário.

No que concerne à introdução do artigo 20, a autora da ADI aduz não ser da competência do Poder Judiciário exercer “juízo de futurologia” sobre as consequências práticas de suas decisões ou sobre as alternativas ora existentes, ou mesmo sobre os obstáculos ou as dificuldades do gestor no momento da decisão, sem que as partes indiquem expressamente quais seriam essas consequências, essas alternativas, esses obstáculos ou essas dificuldades. Ademais, cabe à administração pública o estrito cumprimento das disposições legais, não tendo a decisão judicial o condão de substituí-las. Assim, “exigir-se do juiz a indicação desses elementos [...] como condição de validade da fundamentação das decisões judiciais é uma exigência manifestamente desproporcional e desarrazoada porque exige um exercício de futurologia ou de conhecimento de fatos que o juiz não necessariamente está obrigado a ter conhecimento” (BRASIL, 2019a, p. 3), além de caracterizar tal postura como uma espécie de consultoria prestada ao jurisdicionado que ultrapassa a atividade judicante.

Com relação à violação do princípio da separação dos poderes, a Anamatra alega que, anteriormente, normas que se destinavam a interpretar leis já foram consideradas inconstitucionais pelo STF, citando, como precedente, a ADI nº 605 (BRASIL, 1993), que na oportunidade analisou determinado artigo de medida provisória que dava competência ao Poder Executivo para realizar a função do Poder Judiciário de interpretação da lei, violando o citado princípio. A ementa do julgado concluiu que:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA PROVISÓRIA DE CARÁTER INTERPRETATIVO - LEIS INTERPRETATIVAS - A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO DE LEIS DE CONVERSÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA - PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE - CARÁTER RELATIVO - LEIS INTERPRETATIVAS E APLICAÇÃO RETROATIVA - REITERAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA SOBRE MATÉRIA APRECIADA E REJEITADA PELO CONGRESSO NACIONAL - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - AUSÊNCIA DO “PERICULUM IN MORA” - INDEFERIMENTO DA CAUTELAR. - É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. - As leis interpretativas - desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo - não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder. - Mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional. - A questão da interpretação de leis de conversão por medida provisória editada pelo Presidente da República. (BRASIL, 1993) (grifos nossos)

Tal precedente, segundo a Anamatra, aplica-se ao caso discutido na ADI em estudo, tendo em vista que

[...] impugna-se a lei que se destina a interpretar outras leis e questionam-se alguns dispositivos que passaram a exigir do juiz, como requisito de validade das decisões judiciais a indicação (a) das consequências práticas destas, (b) das alternativas existentes, (c) dos obstáculos e dificuldades ao cumprimento por agentes públicos, e (d) de regime de transição para execução da decisão jurisdicional. (BRASIL, 2019a, p. 14)

Com efeito, o artigo 20, objeto de análise no presente artigo, estabelece, segundo a autora da referida ação, uma vedação, tendo em vista que determina que “não se decidirá [...] sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Nesse sentido, tal vedação exige um juízo de futurologia, situado no campo da hipótese e da consulta sobre o deverá ocorrer, deixando clara a invalidade da exigência ao prever que devem ser consideradas, além das consequências, as possíveis alternativas, ultrapassando as funções do julgador, pois chega a exigir “do Juiz que indique soluções que eventualmente tenha cogitado, mas que não seriam aplicáveis por qualquer razão [...] que o Juiz diga o que ‘cogitou’ decidir, mas não decidiu, para informar as partes (jurisdicionados) daquela hipótese não adotada” (BRASIL, 2019a, p. 16).

O argumento vai no sentido de que, embora pareça interessante considerar as consequências práticas da decisão tomada, deve-se considerar que, nem sempre, estas são conhecidas pelo julgador, que não está obrigado a desenvolver seu raciocínio para além do que consta dos autos (no pedido e na contestação apresentados pelas partes). A situação se agrava quando se tratar de ações em que envolvam direito público, nas quais as consequências podem ser as mais variadas, a depender de inúmeras variáveis presentes no caso concreto.

Assim sendo, o razoável seria interpretar tal dispositivo conforme o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, “em face do qual as partes poderão ou deverão enumerar e quantificar as consequências possíveis, para serem objeto de consideração pelo juiz” (BRASIL, 2019a, p. 19). Dessa maneira, o julgador poderá delimitar seu campo de atuação para o exercício de função jurisdicional que viabilize dispor sobre as consequências práticas e as possíveis alternativas de suas decisões. Tal preceito é importante para que a decisão figure dentro dos critérios que garantam sua validade, haja vista que

Como condição de validade da decisão judicial, a norma somente pode exigir a presença das “consequências práticas” e das “possíveis alternativas” que tiverem sido apresentadas pelas partes no processo. As consequências práticas e as possíveis alternativas não consideradas pelo julgador, porque não apresentadas pelas partes, não podem constituir motivo de invalidade da decisão judicial [...]. (BRASIL, 2019a, p. 21)

Pelos motivos expostos, a autora pede, assim, que o dispositivo seja interpretado conforme a Constituição, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes e de o Poder Judiciário ser caracterizado como um órgão consultivo para os demais órgãos da administração pública.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) manifestou-se por meio do Parecer AJCONST/PGR nº 297190/2020 (BRASIL, 2020c), que possui a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – LINDB – ARTS. 21 A 24. PARÂMETROS LEGAIS PARA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. SUPOSTA AFRONTA AOS ARTS. 2º E 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ILEGITIMIDADE ATIVA DA REQUERENTE. ENTIDADE QUE REPRESENTA FRAÇÃO DE CATEGORIA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO. 1. Entidade de classe representativa de fração de categoria funcional, ainda que de âmbito nacional, não tem legitimidade para, em ação direta, questionar norma que repercute sobre toda a categoria e não apenas o segmento que representa. Precedentes. Parecer pelo não conhecimento da ação. (BRASIL, 2020c, p. 1)

Explica a PGR que o presidente da República suscitou, em sede preliminar, a ilegitimidade ativa da Anamatra e, no mérito, defendeu que os dispositivos incluídos na LINDB tiveram a finalidade de neutralizar fatores de distorção da atividade decisória entre os quais podem ser citados o alto grau de indeterminação das normas de Direito Público, bem como a dificuldade de obtenção de cumprimento voluntário e tempestivo das obrigações atribuídas a terceiros. Tais dispositivos são, assim, alinhados ao objetivo principal de redução do subjetivismo de forma a conferir maior segurança jurídica e eficiência às decisões proferidas no âmbito das esferas judicial, administrativa e controladora “de modo a contribuir para a efetividade das políticas públicas e viabilizar um melhor balizamento para a tomada de decisões pelo gestor público em situações complexas” (BRASIL, 2020c, p. 5).

Com relação ao argumento de que o juiz se transformaria em consultor das partes, a PGR demonstra ter o presidente afirmado que as normas se dirigem às autoridades julgadoras nas esferas administrativa, controladora e judicial, devendo o juiz pautar-se em juízos de probabilidade e previsibilidade, reduzindo “o subjetivismo inerente aos valores jurídicos abstratos, elevando o grau de pragmatismo na interpretação e na aplicação do Direito, além de garantir uma motivação mais robusta e contextualizada dos atos decisórios” (BRASIL, 2020c, p. 5) e aumentando a motivação qualificada de forma a racionalizar as decisões e promover a segurança jurídica.

Ao ser ouvido, o Senado Federal também suscitou a ilegitimidade da autora e ausência de pertinência temática, aduzindo, ainda, que a lei exige a observância da proporcionalidade na tomada de decisão à vista da utilização da fundamentação adequada às circunstâncias do caso concreto. Assim, os dispositivos trazem maior segurança jurídica na medida em que aumentam a “previsibilidade das decisões e da proteção às legítimas expectativas dos que têm relação jurídica ou fática com a Administração Pública” (BRASIL, 2020c, p. 6), bem como contribuem para diminuir o receio dos gestores quanto à penalização de sua atuação, pelos órgãos de controle, por eventuais excessos. Argumentou, ademais, que a lei não exige capacidade extraordinária dos juízes, tendo em vista a previsão de apenas cumprimento de seu dever legal de motivação racional, explicando que “a consequência jurídica ou administrativa a ser indicada relaciona-se a uma base lógica ou empírica de evidenciação, não se tratando de determinação que extrapole as atividades habituais do magistrado” (BRASIL, 2020c, p. 6-7).

Em sua argumentação, a PGR concordou com os órgãos supramencionados e reafirmou a tese de ilegitimidade da Anamatra, tendo em vista tratar-se de associação de classe de âmbito nacional que representa, entretanto, apenas uma fração dos magistrados brasileiros, sendo que a LINDB, a *contrario sensu*, regulamenta a aplicação do Direito de forma a abranger todos os magistrados brasileiros. Assim, pugnou-se pelo não conhecimento da ADI.

No mesmo sentido, a Advocacia-Geral da União (AGU) ao afirmar que “objetivam assegurar a atuação responsável e proporcional das instâncias e controle da Administração Pública, além de propiciar o incremento da qualidade das decisões, nas esferas administrativa, controladora e judicial, contribuindo sobremaneira para a condução mais eficiente das políticas estatais” (BRASIL, 2020b, p. 6). Quanto ao argumento de que a aplicação dos novos dispositivos exigiria atuação que extrapola o âmbito de atuação dos magistrados, a AGU afirma que

[...] a Lei nº 13.655/2018 colabora para o amadurecimento na motivação e na contextualização das atividades decisórias, a fim de evitar que, especialmente em face de princípios ou regras de baixa densidade normativa, sejam adotadas soluções simplistas ou genéricas, que não levem em conta as consequências fáticas que se verificarão na realidade social. (BRASIL, 2020b, p. 13)

Desta feita, possui como objetivo assegurar que a atuação dos órgãos de controle seja responsável e proporcional, de forma a contribuir para decisões de qualidade que incrementem a eficiência na execução de políticas públicas. O artigo 20, assim, visa a evitar a indeterminação das decisões que, por vezes, fazem uso de institutos abstratos e desconectados dos efeitos concretos causados na realidade fática de maneira a conferir transparência ao processo de formação da decisão para que possibilite o exame da compatibilidade do instituto jurídico utilizado para fundamentá-las. Com efeito, exige-se “um processo de concretização em vista das circunstâncias fáticas subjacentes, de modo a impedir que a dimensão abstrata dos valores jurídicos em questão seja utilizada como um expediente retórico, que legitime decisões arbitrárias” (BRASIL, 2020b, p. 16), densificando os requisitos de motivação qualificada que leve em conta as circunstâncias e suas repercussões fáticas. Para reforçar seu argumento, a AGU faz uma comparação com o instituto da modulação dos efeitos das decisões exaradas em sede de declaração de constitucionalidade, nas quais o STF, com amparo no artigo 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (BRASIL, 1999), realiza a ponderação dos resultados práticos de suas decisões.

Com relação à indicação das possíveis alternativas para a decisão, a AGU a associa ao princípio da proporcionalidade, haja vista que

[...] a ausência de projeção da instância decisória quanto às medidas possíveis de serem aplicadas violaria o princípio da proporcionalidade na vertente adequação, uma vez que impediria a avaliação a respeito da aptidão da decisão para produzir os efeitos pretendidos; na vertente necessidade, haja vista que não se poderia inferir se, dentre as alternativas possíveis, a autoridade adotou a que cause os danos e prejuízos mais brandos aos administrados; e na vertente proporcionalidade em sentido estrito, em razão da impossibilidade de se verificar se houve sacrifício desnecessário de valores constitucionalmente tutelados. (BRASIL, 2020b, p. 18)

A AGU afirma, ainda, que não se trata de exigir que o julgador faça previsões impossíveis, pois sua atuação há de ser diligente e responsável, pautada em cenários possíveis desenhados com base em conhecimento técnico, na experiência de vida, além dos elementos fornecidos pelas partes, de modo que “reclama-se que em tais ocasiões sejam avaliadas as consequências práticas da decisão, com fundamento nos elementos disponíveis ao julgador, adotando-se a solução mais adequada, necessária e proporcional” (BRASIL, 2020b, p. 19).

Em outra oportunidade, a AGU já havia defendido a constitucionalidade da referida lei levando em conta seus objetivos de “fomentar o pragmatismo e a contextualização às atividades decisórias” (BRASIL, 2020a, p. 5), ao contribuir para o aprimoramento da gestão pública nacional e para a sedimentação da interpretação e da operação das normas de Direito Público combatendo os ideais de completude e determinação do Direito, bem como a presunção de existência de um cenário ideal para a concretização das finalidades legais. Assim, ao determinar que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, bem como suas possíveis alternativas, estaria o artigo 20 explicitando que há mais de uma interpretação razoável e que a escolha entre uma delas deve sopesar os efeitos concretos que esta vá produzir. Exige-se, portanto, a densificação das condições materiais que envolvem a tomada de decisão de forma a tornar o Direito Público brasileiro mais realista, viabilizando-se, ainda, o “incremento na motivação, na eficiência e na segurança jurídica dos respectivos atos decisórios” (BRASIL, 2020a, p. 6).

Levando em conta a utilização de princípios e de valores jurídicos indeterminados, a AGU segue defendendo a relevância de se considerar as consequências práticas das decisões na realidade fática que envolve o contexto decisório, fazendo alusão ao entendimento da Primeira Turma do STF do qual

se extrai que “o Magistrado tem o dever de examinar as consequências imediatas e sistêmicas que o seu pronunciamento irá produzir na realidade social, porquanto, ao exercer seu poder de decisão nos casos concretos com os quais se depara, os Juízes alocam recursos escassos” (BRASIL, 2019c). Os dispositivos servem, portanto, para aproximar o julgador da realidade fática do gestor, aperfeiçoar o processo de aplicação do Direito, além de evitar a utilização dos valores abstratos valendo-se de fórmulas gerais que em nada se relacionam com os fatos, visto que

[...] ao exigir maior pragmatismo às decisões proferidas nas esferas administrativa, controladora e judicial, impondo novo ônus argumentativo para a densificação dos valores abstratos suscitados, incrementa a motivação dos atos decisórios, considerando-se que a exposição dos efeitos práticos da decisão se mostra essencial para determinar a compatibilidade da escolha realizada com o valor abstrato invocado. (BRASIL, 2020a, p. 10)

A ADI se encontra, na data de elaboração deste artigo, em tramitação no STF, estando concluída ao relator para proferir decisão.

5 CONCLUSÃO

Considerada necessária para fazer frente às dificuldades enfrentadas pela administração pública, relativas à paralisação que as normas de Direito Administrativo e os controles que se exercem perante as ações dos gestores públicos estavam causando na atuação administrativa,³ haja vista a constante ênfase dada à punição dos ilícitos cometidos em detrimento ao desenvolvimento de ações corretivas e preventivas e ao aprimoramento das atividades administrativas, a Lei nº 13.655, de 2018, acrescentou novas disposições à LINDB relativas à aplicação e à interpretação das normas jurídicas, introduzindo conceitos que objetivam estabelecer balizas para a uniformização da atuação da administração pública, bem como instrumentos que contribuam para o aumento da segurança jurídica, da efetividade e da eficiência na criação do direito público.

Conclui-se que tais disposições representam importante avanço no estabelecimento de novos parâmetros em “norma sobredireito”, papel representado pela LINDB no contexto normativo brasileiro, tendo em vista ser uma norma que tem por finalidade regulamentar outras normas. No presente artigo, buscou-se avaliar se, ao exigir a análise das consequências práticas da decisão, em especial, quando se utilizar como fundamento da decisão valores jurídicos abstratos, estaria o legislador propondo a adoção da teoria do pragmatismo jurídico que possui ressalvas doutrinárias quanto à sua aplicação.

Importante ressaltar que, na fundamentação do projeto de lei apresentada pelo senador Antonio Anastasia, tal teoria não foi nominalmente citada expressamente. Entretanto, autores adeptos a essa teoria, como Bruno Salama e Mariana Pargendler, foram referenciados no momento de defesa da utilização dos argumentos consequentialistas, baseando-se na análise de elementos extrajurídicos, tais como ideológicos e políticos.

Para os referidos autores, a adoção do pragmatismo traz benefícios ao contexto decisório, pois privilegia a análise de juízos prospectivos probabilísticos para que sejam concretizados os fins jurídicos consubstanciados nas normas jurídicas. Além disso, defendem a utilização de vetores de interpretação e de aplicação das normas jurídicas influenciáveis pelas transformações ocorridas no contexto social e econômico, a avaliação da proporcionalidade entre os meios e os fins e a análise dos efeitos concretos e futuros de uma dada decisão. Tais argumentos vão ao encontro tanto do texto expresso no artigo 20, quanto dos argumentos esboçados na fundamentação de sua inserção na LINDB, bem assim, na justificativa que acompanhou o referido projeto de lei.

3 Floriano de Azevedo Marques Neto denomina tal paralisação pela expressão “apagão das canetas” (MARQUES NETO; FREITAS, 2018).

Ao analisar a opinião dos autores que avaliaram a inclusão do dispositivo em comento, nota-se que há divergências quanto à própria capacidade de representar uma inovação jurídica, tendo quem defenda que seu conteúdo normativo apenas repisa o que já estava previsto na legislação e na ordem jurídica vigentes. Ademais, a exigência do texto legal para a avaliação dos possíveis efeitos da decisão, especialmente, quando se utiliza conceitos jurídicos indeterminados, já era defendida pela doutrina como necessária em vários aspectos.

Com relação à análise das teorias de Posner e MacCormick, principais defensores da teoria do pragmatismo jurídico, nota-se que ambas as teorias não se encaixam exatamente no que o artigo 20 propõe. Em que pese seja dada especial ênfase às consequências práticas da decisão, Poster defende que a legislação e a jurisprudência sejam apenas pontos de partida para o órgão julgador, devendo sempre ser preservadas, entretanto, a coerência e a integridade do sistema jurídico na avaliação das referidas consequências sistêmicas, o que também é a preocupação de MacCormick.

Poster ressalta, com razão, a necessidade de capacitação dos juristas para análise e conhecimento dos aspectos extrajurídicos a serem considerados para a tomada de decisão, sob pena de utilizar argumentos consequencialistas de forma indiscriminada. É interessante somar-se a esse argumento a escassez de informações constantes em bancos de dados capazes de assegurar maior assertividade na decisão tomada. Tais aspectos, juntamente, como a questão do subjetivismo que fatalmente estará presente no sopesamento das alternativas possíveis e das próprias consequências da decisão, como aventado por Dworkin, não foram levados em conta pelo legislador, não havendo qualquer previsão de limitação e/ou consideração quando da utilização dos parâmetros ditos objetivos estabelecidos no artigo 20.

Ademais, os teóricos do pragmatismo jurídico defendem que tal teoria somente deve ser utilizada quando o juiz tenha de enfrentar casos de difícil solução ou quando, em sua concepção, o ferramental oferecido pelo formalismo jurídico tenha se esgotado. Dito isso, pode-se concluir que a utilização de tal teoria pode não contribuir para objetivar e tornar efetiva a tomada de decisão, haja vista a complexidade da tarefa de fazer prognoses, escolher as melhores consequências e, por conseguinte, estabelecer a norma ideal a ser aplicada em casos futuros. Com efeito, as alterações da LINDB, trazidas pelo artigo 20, não terão o condão de reduzir a incerteza e proporcionar mais segurança jurídica, tendo, na prática, pouco efeito.

O fato é que devem ser levados em conta os argumentos dos órgãos envolvidos no processo decisório, extraídos dos autos da ADI nº 6.146, bem como os demais estudos que se seguirão sobre o tema, a fim de possibilitar a mitigação dos riscos da aplicação da teoria do pragmatismo jurídico no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que, diante de mais de uma solução possível, deve o julgador avaliar as consequências práticas de ambas as soluções, levando em conta os efeitos práticos envolvidos no processo em discussão, tendo em vista que não cabe ao órgão decisório investigar, de ofício, quais seriam as consequências possíveis. Não se pode depreender, ainda, que o julgador possa fazer prognósticos corretos de que as consequências previstas em um dado momento fatalmente acontecerão no futuro, exigindo-se certa racionalidade na tarefa preditiva, indicando-se o caminho lógico utilizado para se chegar à referida prognose, fundamentado no lastro probatório constante no processo em análise.

Quanto à atribuição de sentido aos valores jurídicos abstratos, devem ser consideradas as construções precedentes que atribuíram sentido ao conceito indeterminado utilizado na decisão. Além disso, deve-se atentar para a coerência e a integridade próprios do sistema jurídico, tendo em vista que, somado à consistência, contribuem para a segurança jurídica da decisão tomada, levando em conta que o juiz não é livre para a construção da solução que prestigie a consequência mais apropriada para o caso em análise. Para tanto, o julgador deve estar sempre ativo para que sua decisão esteja necessariamente dentro Direito, sem violar qualquer norma jurídica.

Repisa-se, ainda, que para se chegar à solução de um caso concreto devem-se ponderar as consequências práticas que melhor se amoldam à alternativa escolhida para a especificidade do caso em análise. Assim, o artigo 20 determina sejam avaliadas as medidas adequadas e necessárias, seguindo o princípio da proporcionalidade que deve imperar na escolha da solução possível, precisando estar expostas nos fundamentos de fato e de direito que acompanham a decisão, sob pena de nulidade, o que o dispositivo pretendeu evitar, já que tal fato não contribui para a efetividade e a eficiência das decisões.

Diante do exposto, pode-se concluir que a Lei nº 13.655, de 2018, pretendeu implementar a necessidade de avaliação de argumentos consequencialistas para que a atuação do gestor público seja pautada na análise contextual da tomada de decisão, sem, contudo, deixar clara a adoção do pragmatismo jurídico e suas nuances no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, dadas todas as considerações apresentadas nesse excerto sobre as dificuldades e os riscos da adoção de tal teoria, é importante que sejam desenvolvidos estudos adicionais para que os parâmetros propostos pelo legislador possam ser implementados de maneira segura de modo a efetivamente assegurar o alcance dos objetivos da lei no contexto decisório.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. *Revista dos Tribunais*, v. 1009, nov. 2019.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 133-144, set./dez. 2019.

ANAMATRA. *Associações pedem veto integral ao projeto de lei que altera a Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro*. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26354-associacoes-pedem-veto-integral-ao-projeto-de-lei-que-altera-a-lei-de-introducao-as-normas-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 6 fev. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Informações nº 00176/2020/CONSUNIAO/CGU/AGU*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 7 jul. 2020a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753242808&prcID=5702503#>. Acesso em: 28 mai. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Resposta pedido de informações*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 28 ago. 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753672398&prcID=5702503#>. Acesso em: 26 mai. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [1942]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 6 fev. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal

Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 28 mai. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 6 fev. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Parecer AJCONST/PGR nº 297190/2020*. 17 set. 2020c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753860536&prcID=5702503#>. Acesso em: 26 mai. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 349/2015*. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Autoria: Senador Antônio Augusto. Brasília: Senado Federal, 9 jun. 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer da Comissão de Constituição e Justiça*. Autora: Senadora Simone Tebet. Brasília: Senado Federal, 9 mar. 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407681&ts=1593913219488&disposition=inline>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 605*. Rel. Min. Celso de Mello, jul. 23 out. 1991, publ. 5 mar. 1993. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1525215>. Acesso em: 29 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.146*. Petição inicial. Autor: Anamatra. 22 mai. 2019a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749929507&prcID=5702503#>. Acesso em: 25 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 937*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso, jul. 3 mai. 2018, publ. 11 dez. 2018b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22AP%20937%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 22 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito Penal nº 4.435/DF*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, jul. 14 mar. 2019, publ. 21 ago. 2019b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149810>. Acesso em: 29 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 8002- AgR*. Rel. Min. Luiz Fux, jul. 12 mar. 2019, publ. 1º ago. 2019c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5603348>. Acesso em: 29 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Liminar nº 1.178/PR*. Decisão monocrática. Rel. Min. Luiz Fux, publ. 28 set. 2018c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5558231>. Acesso em: 29 mai. 2021.

BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi; FERREIRA, Mariah Brochado. Julgando pelas consequências: o pragmatismo cotidiano de Richard Posner e sua influência no processo de tomada

de decisões judiciais. In: *Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política*, I, 2015, Belo Horizonte. Belo Horizonte: Initia Via, 2015. v. 2, p. 22-34.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: UERJ/FGV-Rio, 2017.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Verás de. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 25 mai. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto#:~:text=Bem%2Dvindo%2C%20pois%2C%20o,de%20dolo%20ou%20erro%20grosseiro%E2%80%9D>. Acesso em: 9 fev. 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 9-12.

NAKAOKA, Antônio. Análise do Art. 20 da LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Anais do IV do Congresso Luso-Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania*, Curitiba, v. 3, n. 30, 2019.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013.

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Trinta anos de controle da Administração Pública: à espera de um giro de eficiência. In: HACHEM, Daniel Wunder; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Transformações do Direito Administrativo: o estado administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2018. p. 28-61.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 1-53.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 17-19.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: v. 248, p. 130-158, mai. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>. Acesso em: 21 fev. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Segurança jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 7-8.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Org.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 13-16.

APLICABILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Uma breve análise doutrinária e jurisprudencial



Letícia Carvalho Coelho Pinheiro Brandão

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos.

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos gerais sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica; 3. Discussão acerca da aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa.; 3.1. Corrente negativista; 3.2. Corrente afirmativa; 4. A aplicação prática do instituto na jurisprudência brasileira: uma breve análise dos casos mais emblemáticos; 4.1. TCU e TCEMG; 4.2. STJ e STF; 4.2.1. Mandado de Segurança nº 32.494; 4.2.2. Mandado de Segurança nº 35.506/DF; 4.2.3. Mandado de Segurança nº 35.920; 5. Conclusões; Referências.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a controversa possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, sobretudo pelos tribunais de contas. A temática se torna relevante, na medida em que a teoria é amplamente utilizada em outras searas jurídicas e, sendo as cortes de contas órgãos administrativos, no exercício do controle externo, que desempenham importante papel na apuração e apreciação da legalidade dos atos administrativos, bem como na responsabilização dos agentes públicos e privados, surge-se a dúvida se seria compatível a utilização do referido mecanismo com as atribuições dos tribunais de contas. Para o desenvolvimento da pesquisa, faz-se necessário tecer considerações sobre os aspectos gerais da desconsideração, analisar brevemente a discussão doutrinária, com o cotejo dos principais argumentos existentes e analisar o cenário jurisprudencial acerca do tema. Conclui-se, ao final, por admitir a aplicabilidade do instituto, em consonância com a tendência jurisprudencial e doutrinária.

Abstract: This article aims to analyze the controversial possibility of applying the disregard of legal entity in the administrative sphere, especially by the courts of accounts. The theme becomes relevant to the extent that the theory is widely used in other legal areas and, as the courts of accounts are an administrative organ, in the exercise of external control, which plays an important role in the verification and assessment of the legality of administrative acts, as well as in the accountability of public and private agents, the question arises whether the use of such mechanism would be compatible with the duties of the courts of accounts. For the development of this research, it is necessary to make considerations about the general aspects of disregard, briefly analyze the doctrinaire discussion, with a comparison of the main existing arguments, and analyze the jurisprudential scenario about the theme. The final conclusion is to admit the applicability of the institute, in line with the jurisprudential and doctrinal tendency.

Palavras-chave: Desconsideração da personalidade jurídica; Tribunal de Contas; Direito Administrativo; Compatibilidade.

Keywords: Disregard of the legal entity; Court of Accounts; Administrative law; Compatibility.

1 INTRODUÇÃO

A desconsideração da personalidade jurídica, também conhecida como *disregard doctrine*, é um instituto que visa coibir o uso indevido da pessoa jurídica, mediante condutas de fraude ou abuso de direito, em contrariedade aos fins e princípios pelos quais foi constituída. Assim, permite-se a suspensão episódica da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, com objetivo de responsabilizar seus sócios ou dirigentes.

É cediço que a temática não é nova no Brasil e contém diversas normas que a disciplinam nos mais variados diplomas legais presentes no ordenamento jurídico brasileiro. À vista disso, diversas são as questões relevantes relacionadas ao tema, de modo que o foco do presente artigo se refere à aplicabilidade na seara administrativa.

Nesse cenário, o Tribunal de Contas da União (TCU) – e os tribunais de contas estaduais, por simetria de suas respectivas Constituições estaduais – possui respaldo normativo advindo das disposições dos artigos 70 a 75 da Constituição da República de 1988.

Precisamente, o art. 71 da CR/88 disciplina em seus incisos as competências e atribuições que devem ser observadas pelo órgão no exercício do controle externo. Entre elas, para a presente pesquisa, são relevantes a função fiscalizadora e a função sancionatória, previstas no art. 71, inciso VIII, CR/88,¹ as quais garantem às cortes de contas o exercício do poder punitivo, desempenhando, assim, importante papel na apuração e apreciação da legalidade dos atos administrativos, bem como na responsabilização dos agentes públicos e privados.

A principal justificativa para o presente estudo deve-se à controversa possibilidade da aplicação do instituto na esfera administrativa e se pode ser utilizado como mecanismo de responsabilização para fins de resguardar as funções institucionais das cortes de contas, disciplinadas na Constituição da República. Assim, o cerne da questão é: seria possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos tribunais de contas?

Para responder essa indagação, primeiramente será feito um panorama sobre o instituto, com considerações acerca do seu conceito, as teorias existentes sobre a temática e os diplomas legais que o disciplinam.

No segundo tópico do artigo, será analisada a discussão propriamente dita sobre a possibilidade de aplicação do instituto em âmbito administrativo, sobretudo nos processos de controle externo, discorrendo sobre os argumentos contrários e favoráveis, por meio de algumas passagens doutrinárias, de modo a ampliar o entendimento sobre o tema.

Em seguida, aborda-se a aplicação prática do referido instrumento de responsabilização na esfera administrativa, mediante análise de jurisprudência, orientada por coleta de dados contínua em bases de pesquisa jurisprudencial e sites oficiais, a fim de identificar a posição dos tribunais sobre a temática. Colacionaram-se, para tanto, as principais decisões jurisprudenciais de determinados tribunais no Brasil, são eles: Tribunal de Contas da União (TCU), Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).

2 ASPECTOS GERAIS DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A atual redação do art. 49-A do Código Civil (Lei nº 10.406/02) prevê que a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. Nessa mesma linha, o art. 1.024 do CC consagra o princípio da autonomia patrimonial, na medida em que é atribuída à sociedade uma existência diferente dos sócios, não havendo, em regra, coincidência de direitos e deveres. Em outras

¹ Art. 71, VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

palavras, a pessoa jurídica apresenta-se como um sujeito autônomo e individualizado em relação aos sócios que lhe constituíram, sendo que o patrimônio dos sócios não responde por dívidas da sociedade e vice-versa.

Todavia, a autonomia patrimonial não é absoluta, sendo admitida a desconsideração da personalidade jurídica em situações excepcionais previstas em lei, a fim de responsabilizar pontualmente o patrimônio dos sócios por dívidas da sociedade, quando provado existir fraude ou abuso de direito, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial. É o que dispõe o *caput* do art. 50 do Código Civil, com redação alterada pela Lei nº 13.874/2019:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 249) elucida que:

O ordenamento jurídico confere às pessoas jurídicas personalidade distinta da dos seus membros. Esse princípio da autonomia patrimonial possibilita que sociedades empresárias sejam utilizadas como instrumento para a prática de fraudes e abusos de direito contra credores, acarretando-lhes prejuízos. Pessoas inescrupulosas têm-se aproveitado desse princípio, com a intenção de se locupletarem em detrimento de terceiros, utilizando a pessoa jurídica como uma espécie de “capa” ou “véu” para proteger os seus negócios escusos.

Por seu turno, Marianna Montebello Willeman (2005)² pondera sobre a excepcionalidade do instituto, mas que o princípio da autonomia patrimonial não pode servir como óbice à ação do Estado em busca da justiça:

Como se percebe, o que propõe a teoria da *disregard* é a relativização da clássica noção de que a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa dos membros que a compõem. É claro que, em princípio, não se questiona a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas e a consequência que disto advém para seus sócios, acionistas ou administradores. Porém, caso se verifique que estão sendo praticadas atividades fraudulentas sob o manto protetor da personalidade jurídica, aí sim cabe flexibilizar a cisão e superar a pessoa jurídica para se responsabilizar o membro que tenha agido em desacordo com o Direito, atingindo seu patrimônio pessoal. Como prudentemente destaca o acórdão proferido no *leading case* sobre a matéria no Brasil, a “assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entrar a própria ação do Estado, na realização da perfeita e boa justiça (...)”

Com efeito, no ordenamento jurídico brasileiro, não apenas o Código Civil trata da desconsideração da personalidade jurídica, havendo outros diplomas legais de diversos ramos jurídicos que abordam a matéria. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 28,³ prevê expressamente essa possibilidade, ampliando, inclusive, as hipóteses de cabimento quando envolver relações consumeristas.

2 MONTEBELLO, Marianna. Os Tribunais de Contas e a *disregard* doctrine. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 5, n. 49, mar. 2005.

3 Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver *abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social*. A desconsideração também será efetivada quando houver *falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração*.

Em situação semelhante, a Lei nº 9.605/1998 autoriza, em seu artigo 4º, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, dispondo que “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”, bem como o art. 34,⁴ da Lei nº 12.259/2011, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

Aliás, a aplicabilidade da referida teoria também encontra respaldo na seara do Direito público, consoante previsão do art. 14 da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), art. 160 da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) e art. 16, §7º, da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), com as alterações da Lei nº 14.230/2021, os quais possuem a seguinte redação:

Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

Art. 160. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.

Art. 16, § 7º - A indisponibilidade de bens de terceiro dependerá da demonstração da sua efetiva concorrência para os atos ilícitos apurados ou, quando se tratar de pessoa jurídica, da instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a ser processado na forma da lei processual. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Cumprido ressaltar que se formaram duas correntes doutrinárias acerca do instituto, quais sejam: a teoria maior e a teoria menor (LOPES, 2020). A primeira somente reconhece a desconsideração da personalidade jurídica quando configurado o ato fraudulento ou abusivo, mediante condutas de desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Essa é a teoria adotada pelo Código Civil.

Por sua vez, a teoria menor – adotada excepcionalmente pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei nº 9.605/98 – não necessita da prova da fraude, sendo suficiente que se demonstre que a pessoa jurídica serve como obstáculo à satisfação do credor. Isto é, o mero inadimplemento, obstrução ou dificuldade no adimplemento pela pessoa jurídica já é motivação suficiente para que a sua personalidade seja devidamente afastada.

Feitas tais considerações a respeito dos principais aspectos do instituto, necessário se faz analisar a possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, sobretudo sob a perspectiva de atuação dos tribunais de contas.

4 Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

3 DISCUSSÃO ACERCA DA APLICABILIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA

No que tange à desconsideração da personalidade jurídica pela administração pública, especialmente pelos tribunais de contas, há ainda grande celeuma, existindo duas correntes: (a) a corrente negativista, que sustenta a impossibilidade de aplicação do instituto e; (b) a corrente afirmativa, que argumenta ser possível a utilização da desconsideração na esfera administrativa.

3.1 Corrente negativista

Para os adeptos da corrente negativista,⁵ a inexistência específica de normal legal expressa que atribua aos tribunais de contas competência para desconsiderar a personalidade jurídica seria um óbice à aplicação do instituto em âmbito administrativo, pois se sujeitam à legalidade formal. Para eles, não há previsão nos incisos do art. 71 da Constituição da República, tampouco na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União ou em seu Regimento Interno, de modo que a utilização da desconsideração pelas cortes de contas constitui evidente violação ao princípio da legalidade administrativa.

Sobre a questão, Flavia Albertin de Moraes (2009, p. 49) assevera que o referido princípio se mostra como o fundamento da atividade de toda a administração pública. De acordo com a autora, por meio dos estudos de Hely Lopes Meirelles, consagrou-se a ideia de que o cidadão é livre para fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, enquanto o Estado deve seguir rigorosamente o previsto na legislação, sendo permitido apenas executar o que está legalmente disposto.

De modo complementar, em artigo intitulado: “TCU pode desconsiderar personalidade jurídica e estender efeitos da inidoneidade?”⁶, Juliana Bonacorsi de Palma defende que:

*O TCU não tem competência para desconsiderar a personalidade jurídica e estender os efeitos da inidoneidade a terceiros. Além de não ser destinatário da Lei, o TCU não é expressamente indicado como titular desta competência. Competências, ainda mais de poder, não se presumem. O Estado de Direito não admite poderes implícitos para restringir, limitar ou condicionar direitos. Há uma grave falha de o Legislativo não indicar o responsável por tamanha competência – mais um exemplo de *poder sem responsabilidade*. Mas isso não significa que o TCU a detenha só porque assim supõe.*

Nessa esteira, Gina Copola (2022, p. 42) também sustenta que normas restritivas de direito devem ser interpretadas restritivamente, sendo certo que o intérprete não pode ampliar seu alcance e, portanto, se não há previsão legal de determinada modalidade de desconsideração da personalidade jurídica, não é o intérprete que a poderá incluir.

Dito isso, os apoiadores dessa corrente alegam ser inadequado invocar a teoria dos poderes implícitos, uma vez que os artigos 70 e 71 da Constituição da República não permitiriam a ilação no sentido de estar autorizada a desconsideração da personalidade jurídica pelos tribunais de contas, inexistindo qualquer vácuo normativo.

Outro argumento utilizado por essa corrente se refere ao fato de a teoria supostamente sujeitar-se à reserva de jurisdição, o que significaria dizer que seria possível apenas aplicá-la em âmbito judicial e estaria afastada, por conseguinte, sua aplicabilidade na seara administrativa.

5 Á título de exemplo, cite-se: Juliana Bonacorsi de Palma “TCU pode desconsiderar a personalidade jurídica e estender efeitos da inidoneidade? ”; Ministro Marco Aurélio (STF), no julgamento do MS n. 35.920/DF e do MS 35.505/DF; Ricardo Barretto de Andrade “Competência do TCU para desconsiderar personalidade jurídica trará insegurança”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-17/barretto-andrade-competencia-tcu#author>; Luis Justiniano Haiek Fernandes e Eduardo Stênio Silva Sousa “LIA impacta decisões do TCU em casos de desconsideração da personalidade jurídica”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-25/opiniao-lia-impacta-decisoes-tcu#author>.

6 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/tcu-pode-desconsiderar-personalidade-juridica-e-estender-efeitos-da-inidoneidade-29092021>. Acesso em: 06 jan. 2023

Para eles, a desconsideração está disciplinada no art. 50 do Código Civil, como medida excepcionalíssima, a ser decretada exclusivamente pelo Poder Judiciário. Portanto, sendo o TCU um tribunal administrativo, não poderia interferir diretamente no patrimônio de indivíduos e sociedades empresárias.

Esse foi o entendimento pessoal do ministro Marco Aurélio Mello no julgamento do Mandado de Segurança nº 35.506:⁷:

Consoante destacado na análise do pedido liminar, o caso sob exame revela constringências diversas. Ao Tribunal de Contas, órgão administrativo, não cabe o implemento de medida cautelar a restringir direitos de particulares, de efeitos práticos tão graves como a indisponibilidade de bens e a desconsideração da personalidade jurídica, em sanções patrimoniais antecipadas.

Ademais, de acordo com o art. 24 da Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), as decisões condenatórias da corte de contas devem ser executadas por intermédio do Poder Judiciário. Assim, os apoiadores da corrente afirmam que, se o TCU não dispõe de competência legal para executar as próprias decisões, evidentemente não dispõe de competência para desconsiderar a personalidade jurídica de empresas.

A esse respeito, Luiz Felipe Horowitz Lopes (2020) ressalta:

A função fiscalizadora, com efeito, limitar-se-ia ao agente público ou a quem lide com o dinheiro público, nos termos do parágrafo único do art. 70 da CRFB. Da mesma forma, a função sancionadora deve ser estruturada pelo legislador ordinário, o qual exigiu a intervenção judicial para a execução das penalidades, nos termos do art. 28, II, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, e tornou essencial a apreciação judicial para a adoção de medidas cautelares para indisponibilidade dos bens de devedores, conforme o art. 61 do citado diploma legal. Assim, não havendo respaldo normativo expresso, descabida a desconsideração da personalidade jurídica pelos Tribunais de Contas.

Por fim, os seguidores da corrente negativista argumentam a incompatibilidade da aplicação do instituto na esfera administrativa com o princípio da intranscendência das sanções administrativas, disposto no art. 5º, inciso XLV, da Carta Magna: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Assim, com base nele, é defendido que a desconsideração da personalidade jurídica implicaria violação desse dispositivo, uma vez que haveria responsabilização de pessoa estranha à relação.

3.2 Corrente afirmativa

Por outro lado, a corrente afirmativa defende a aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica em âmbito administrativo, posição que se entende ser mais adequada, conforme se passa a expor.⁸

7 STF. Acórdão do Mandado de Segurança nº 35.506/DF, p. 14. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5343207>. Acesso em: 12 mar. 2023

8 Nesse sentido, citem-se como exemplo os seguintes autores que defendem essa posição: Marianna Montebello Willeman “Os tribunais de contas e a *disregard doctrine*”; Leandro Sarai “Disregard doctrine e sua aplicação pela Administração Pública”; Marcio de Aguiar Ribeiro “Desconsideração da personalidade jurídica”; Jesse Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti “A Desconsideração da Personalidade Jurídica em Face de Impedimentos para Participar de Licitações e Contratar com a Administração Pública: Limites Jurisprudenciais”; Flavia Albertin de Moraes “A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e o processo administrativo Punitivo”; Luiz Felipe Horowitz Lopes “Possibilidade e limites da desconsideração da personalidade jurídica pelos tribunais de contas: uma análise sob a perspectiva da Lei da Liberdade Econômica”; Luciano Chaves de Faria “Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa”; Marçal Justen Filho “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, p. 955/956, 15. ed., 2012, Dialética.

Uma das justificativas para esse posicionamento é baseada na teoria dos poderes implícitos. Em síntese, de acordo com a teoria, havendo uma atribuição de competência a determinado ente, presume-se que os meios necessários para atingir seus fins foram atribuídos implicitamente, sob pena de retirar o sentido da própria atribuição de competência (SARAI, 2015, p. 210).

Ora, se às cortes de contas foram atribuídas expressamente pela Constituição da República funções sancionatórias e destinadas à fiscalização, por que não permitir, por consequência, os meios necessários para conferir eficácia ao exercício de sua competência constitucional?

Nessa perspectiva, importante lição de Luiz Felipe Horowitz Lopes (2020):

É verdade que a teoria dos poderes implícitos exige uma aplicação comedida. Contudo, inadmiti-la seria permitir que se puna o irreal e o imaginário, em contrariedade à busca da verdade real pelo processo administrativo, bem como endossar o abuso de direito, esquecendo que as Cortes de Contas também devem coibir a prática de ilícitudes. Como ressaltado alhures, o mercado consiste em uma instituição artificial, de sorte que fechar os olhos para práticas abusivas sob uma justificativa meramente formalista é tão perigosa quanto supostamente conferir poderes inexistentes a determinados órgãos e entidades públicos, tal como defendido pela corrente negativista [...].

De fato, a omissão quanto à desconsideração da pessoa jurídica pelo legislador constitucional e infraconstitucional não significa, por si só, a impossibilidade de sua aplicação pela Corte de Contas, porquanto, ao menos sob o ponto de vista pragmático, a questão se circunscreve a descobrir quem realmente veio a dar causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário (art. 71, II, da CRFB, e art. 5º, II, da Lei 8.443, de 1992), bem como aplicar adequadamente as sanções previstas em lei em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, inclusive em face dos responsáveis por pessoas jurídicas que recebam contribuições para fiscais e prestem serviço de interesse público ou social (art. 71, VIII, da CRFB, e art. 5º, V, da Lei 8.443, de 1992).

Portanto, para os apoiadores dessa corrente, considerando que as funções fiscalizadora e sancionatória dos tribunais de contas alcançam qualquer pessoa, física ou jurídica, que possua relação com recursos públicos ou tenham causado prejuízo ao erário (art. 71, CR/88), torna-se legítima a utilização da desconsideração da personalidade jurídica, não sendo a ausência de previsão específica motivação suficiente para afastar, por si só, a sua aplicação.

Outrossim, a *disregard doctrine* na esfera administrativa constitui importante instrumento para responsabilização de quem foi efetivamente o responsável e utilizou-se da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para praticar ilícitos. Isso porque não se justifica favorecer o indivíduo com a intangibilidade do seu patrimônio pessoal, beneficiando-o, mesmo após ter transgredido o ordenamento jurídico. Conforme leciona Leandro Sarai (2015, p. 197):

Acredita-se que o avanço da teoria já está desaguando na desconsideração da personalidade do sujeito que figura formalmente em uma relação jurídica, independentemente de se tratar de pessoa jurídica ou natural, para atingir o sujeito de direito efetivamente responsável pela formação dessa mesma relação ou, mais do que isso, desconsiderar o sujeito, personalizado ou não, para que se atinja o verdadeiro responsável por um ato. Basta pensar em situações em que pessoas de índole duvidosa adquirem bens, mas os colocam em nome de outrem (“laranja”), ou nas hipóteses em que sócios de sociedades repletas de irregularidades, para fugir de seu encerramento regular, simplesmente transferem suas quotas ou ações a pessoas simples sem a mínima noção do que assinaram. É a busca da realidade como forma de proteger a moralidade e a credibilidade do ordenamento jurídico, bem como os cidadãos de bem, nos casos em que o direito é utilizado de forma indevida ou em que há burla. Ainda, embora a corrente negativista sustente que não há previsão normativa específica em âmbito administrativo, especialmente autorizando as cortes de contas, certo é que o

instituto está disciplinado em diversos diplomas legais, incluindo aqueles pertencentes ao Direito público, sendo perfeitamente possível sua aplicabilidade em qualquer seara jurídica.

Sob esse aspecto, Luciano Chaves (2007, p. 42) fundamenta que a desconsideração da personalidade jurídica é oriunda da teoria geral do Direito, tornando-se indubitável a sua perfeita e plena aplicação nas variadas relações jurídicas, inclusive aquelas entre particulares e a administração pública:

Não obstante algumas áreas do Direito apresentarem previsão específica e expressa quanto à aplicação da *disregard doctrine*, é importante sempre se ter em mente que tal instituto pertence à Teoria Geral do Direito, pois não há dúvida de que, independentemente da natureza do vínculo jurídico, se houver sócios da pessoa jurídica agindo fraudulentamente, com abuso de direito ou com violação às normas legais, é certo que caberá a superação da personalidade jurídica para se responsabilizar pessoalmente os envolvidos. Reforçando esse entendimento, colaciona-se a lição do ilustre Diogenes Gasparini (2004, p.187) *in verbis*: É instituto que se afeiçoa a qualquer ramo do Direito, pois o abuso pode ser praticado pela pessoa jurídica com vista a lesar credores, a prejudicar o Fisco, a ludibriar direitos dos familiares dos sócios, a escapar de sanções administrativas, a fazer tábula rasada interesse público, a ignorar direitos do consumidor, a vilipendiar os direitos dos trabalhadores e a burlar a lei, por exemplo, tendo como objetivo favorecer seus sócios. É instituto, pode-se afirmar, da Teoria Geral do Direito.

Não é outro o entendimento do jurista Marçal Justen Filho (2012, p. 956) ao afirmar que nada impede a aplicação do instituto no âmbito do Direito Administrativo, desde que precedida de processo administrativo específico, em que sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório a todos os interessados. De acordo com ele, não se admite que se pretenda ignorar a barreira da personalidade jurídica sempre que tal se revele inconveniente para a administração.

Quanto à suposta reserva de jurisdição alegada pela corrente negativista, tal argumento é satisfatoriamente refutado pela corrente afirmativa.

Não obstante o artigo 50 do Código Civil reservar ao magistrado o poder de desconsiderar a personalidade jurídica, não significa que há uma reserva de jurisdição, especialmente porque, como exposto acima, o instituto pertence à teoria geral do Direito, sendo aplicável a todos os ramos do Direito (LOPES, 2020). Assim, é possível a administração pública efetuar diretamente a desconsideração, no bojo de um processo administrativo, contanto que haja evidências de que as pessoas físicas estejam utilizando da pessoa jurídica para cometer ilícito, configurando o abuso de direito, sendo assegurados o contraditório e a ampla defesa ao administrado (MORAES, 2009, p. 58).

Destarte, a teoria possui diferentes peculiaridades nas esferas consumerista e cível, sendo que, de fato, somente pode ser aplicada por decisão judicial, ao contrário do que ocorre na esfera administrativa. Sobre as distinções entre as searas, importante lição de Luciano Chaves (2007, p. 44):

Assim, tem-se que o agente da desconsideração da personalidade jurídica na seara administrativa não é o juiz. A explicação lógica para a necessidade de decisão judicial nas esferas consumerista e cível reside no fato da existência de relações jurídicas de Direito privado, caracterizadas pela horizontalidade, não podendo uma das partes, unilateralmente, impor obrigações ou constituir direitos em desfavor da outra. Na esfera administrativa, a realidade é bem distinta. As relações jurídicas não são caracterizadas pela horizontalidade, existem as conhecidas cláusulas exorbitantes, a indisponibilidade do interesse público e sua prevalência (supremacia) sobre o interesse privado da outra parte. Por isso, é plenamente possível conceber a dispensabilidade do magistrado na aplicação da teoria na seara administrativa.

Leandro Sarai (2015, p. 207) também sintetiza bem a questão:

Quanto à reserva de jurisdição, parece ilógico o argumento de que somente o juiz poderia decretar a desconsideração, por faltar, sob o prisma da legalidade, autorização para a Administração adotar a medida. Ora, se a Administração não tem autorização legal para desconsiderar a personalidade jurídica, onde estaria a autorização legal para pleitear essa medida?

Aqueles que defendem a tradicional concepção do princípio da legalidade não podem levantar o art. 50 do Código Civil em seu auxílio, ainda que esse dispositivo diga que a parte poderá requerer que o juiz aplique a desconsideração. Isso porque o particular pode fazer tudo o que não é proibido, de modo que basta sua vontade para pleitear ao juiz essa medida. Mas a Administração, segundo essa concepção, mesmo para fazer esse requerimento, dependeria de expressa autorização legal.

Ademais, certo é que ambas as correntes utilizam princípios para justificar o respectivo posicionamento adotado. Conforme demonstrado no presente trabalho, a corrente negativista invoca o princípio da legalidade e o da intranscendência das sanções. Todavia, é preciso lembrar que a *disregard doctrine* no Direito Administrativo, conseqüentemente no âmbito dos tribunais de contas, constitui decorrência dos princípios da moralidade administrativa, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

E não deveria ser diferente, pois a desconsideração da personalidade jurídica constitui importante mecanismo para a restauração de uma situação jurídica que o ato fraudulento pretendia ocultar (PEREIRA JÚNIOR; DOTTI, 2010, p. 106).

Segundo Luciano Chaves (2007, p. 45), as cortes de contas e a administração pública em geral não só podem, como devem adotar as providências cabíveis, entre elas, aplicar o instituto ao se deparar com uma utilização irregular da pessoa jurídica:

Caso o Tribunal de Contas (ou a autoridade administrativa), ciente da utilização irregular ou abusiva de uma sociedade por parte de seus membros, deixe de adotar a providência adequada (a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica), estará se omitindo quando tinha o poder-dever de agir. Tal omissão administrativa traduz frontal ofensa ao princípio da superioridade e indisponibilidade do interesse público, bem como traduz indiferença para com os princípios da moralidade e da eficiência. Em suma, permanecer inerte diante da utilização abusiva ou fraudulenta de uma pessoa jurídica, sob o argumento de que inexistia expresso dispositivo legal autorizador da desconsideração, afronta os mencionados princípios da Administração Pública.

Nesse sentido, permitir que as sociedades de fachada celebrem negócios jurídicos com a administração pública ou fechar os olhos diante da utilização abusiva ou ilegal de pessoas jurídicas significa pactuar com a fraude, com o abuso do direito e com a atuação contrária ao direito, e, como consequência, traduz inaceitável desrespeito ao interesse público (WILLEMANN, 2015).

Portanto, tem-se que a administração pública pode valer da desconsideração da personalidade jurídica quando constatada a fraude ou abuso de direito, em evidente afronta ao interesse público.

No que concerne a essa ponderação de princípios, certo é que a ausência de previsão específica não pode ser utilizada como pretexto para se manterem intangíveis as pessoas físicas que forjaram a pessoa jurídica no intuito de prejudicar o Estado, pois estaria estimulando a fraude, ao invés de coibi-la. Isto é, embora o princípio da legalidade exija que a administração pública só atue ante a exigência expressa da lei, não é possível, sob essa justificativa, ignorar os outros princípios constitucionais, tais como a moralidade, a eficiência e o interesse público (MORAES, 2009).

Da mesma forma, Marianna Montebello Willeman (2005) aduz que o princípio da moralidade exige que a atuação administrativa observe padrões de conduta moral e retidão de comportamento por parte daqueles com quem a administração pública se relaciona juridicamente. Assim, torna-se incontestável que os membros de uma sociedade que se valem da personalidade jurídica para praticar fraude ou burlar a lei incorrem em evidente violação à moralidade administrativa e, por decorrência lógica, sujeitam-se perfeitamente a aplicação administrativa da *disregard doctrine*.

A autora também afirma que o princípio constitucional da eficiência justifica e recomenda a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pelos tribunais de contas:

Ora, se a Administração Pública tem por missão constitucional ser eficiente, resultado lógico e inafastável é que os mecanismos de controle de aplicação dos recursos públicos sejam otimizados, atingindo também as entidades privadas que, por descentralização contratual, se encarregam da satisfação de parcela das necessidades coletivas. Tais mecanismos de controle – dentre os quais se insere aquele exercido pelos Tribunais de Contas – devem, necessariamente, assegurar que a gestão pública se realize sob o domínio das regras e dos princípios de direito e de boa administração, não podendo transigir com a participação de sociedades de fachada, constituídas com abuso de forma e em fraude à lei e ao interesse da coletividade.

Com relação ao princípio da legalidade, a doutrina moderna entende que ele deve ser interpretado como princípio da juridicidade, na medida em que não exige tão somente a literalidade formal do texto legal, mas sim que o comportamento da administração pública deve estar de acordo com o ordenamento jurídico enquanto sistema. Em outras palavras, a administração submete-se ao bloco de legalidade, considerado de forma global, e não a mera lei formal. Assim, deveria ser conferida maior flexibilidade à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, mesmo à margem de previsão normativa específica (RIBEIRO, 2017, p. 269).

Como bem fundamentado por Leandro Sarai (2015, p. 206), se o princípio da legalidade for tomado no sentido de que deveria haver uma autorização expressa para cada ato da administração, implicaria a paralisação da atividade administrativa. Isso porque não há minúcias na lei de como deve ser na prática a conduta do administrador e dos agentes públicos em geral. Segundo o autor, “não há na lei autorização expressa para adquirir sequer uma folha de papel” e, ainda, acrescenta:

Mas são parâmetros genéricos, cabendo ao administrador, na prática, no plano concreto, no mundo real, tornar real o atingimento das metas a ele estabelecidas, seguindo os princípios do ordenamento jurídico, tudo caminhando para alcançar os objetivos da República estabelecidos constitucionalmente. A todo momento, pessoas podem estar em situação de perigo, em um incêndio, sujeitas a algum ato criminoso, padecendo por conta de uma doença. Onde está a expressa autorização legal para cada agente público cumprir o papel que lhe cabe em cada uma dessas situações?

Em posicionamento semelhante, Flavia Albertin de Moraes (2009) sustenta que o princípio da legalidade não pode ser considerado de forma isolada, sob pena de os órgãos da administração pública se tornarem engessados e cegos às diversas peculiaridades da realidade. Exige-se do administrador, portanto, atitudes em que o bom senso e o equilíbrio devem prevalecer, sempre sob a égide dos demais princípios constitucionais e legais. De acordo com ela, vincular a administração pública ao seguimento automático das normas, sem reconhecer a existência de margem para adaptação, é uma forma de, sob a intenção de se realizar o bem público, ignorar fatos que exijam do agente administrativo maleabilidade.

Por derradeiro, em que pese o argumento de que haveria afronta ao princípio da intranscendência das sanções (art. 5º, XLV, CR/88) ao aplicar a desconsideração da personalidade em âmbito administrativo, certo é que, quando se aplica o instituto, a pessoa condenada será justamente a que praticou o ato ilícito, de modo que a pena não passará de sua pessoa. Dito de outra forma, não está em questão se

haverá pena ou sanção atingindo estranho à infração, e sim definir quem deve ser condenado, em respeito ao referido princípio e protegendo quem não teve participação no ilícito (SARAI, 2015, p. 209).

Nesse cenário, Luiz Felipe Horowitz Lopes (2020) afirma que o instituto preserva a parte inocente, a qual não detém poderes (fáticos ou jurídicos) de decisão, na medida em que são os indivíduos responsáveis pelo direcionamento da vontade da pessoa jurídica e pelas suas ações, bem como os ilícitos perpetrados nascem a partir da conduta das pessoas físicas que a dirigiam.

Dado esse panorama doutrinário, fixa-se o entendimento de que é possível à administração pública aplicar diretamente o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e, conseqüentemente, deve-se admitir a possibilidade de ser utilizado pelos tribunais de contas.

Dessa forma, em consonância com a corrente afirmativa, tem-se que as competências constitucionais e infraconstitucionais das cortes de contas são suficientes para desconsiderar a personalidade jurídica, em hipóteses excepcionais, quando constatado o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial e em observância rigorosa ao contraditório e à ampla defesa.

4 A APLICAÇÃO PRÁTICA DO INSTITUTO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: UMA BREVE ANÁLISE DOS CASOS MAIS EMBLEMÁTICOS

Expostas a realidade normativa e doutrinária sobre o tema, julga-se pertinente analisar a aplicação prática do instituto, apresentando o cenário jurisprudencial e a tendência dos principais tribunais acerca da possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica em âmbito administrativo, sobretudo pelos tribunais de contas.

A seguir serão analisadas as decisões jurisprudenciais mais emblemáticas proferidas pelo Tribunal de Contas da União (TCU), Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).

4.1 TCU e TCEMG

Numa perfunctória pesquisa jurisprudencial do entendimento do Tribunal de Contas da União,⁹ restou demonstrado que há muitos precedentes que admitem a aplicação da *disregard doctrine* na esfera administrativa, sendo a corte de contas competente para tal.

No Acórdão nº 189/2001,¹⁰ os ministros do TCU entenderam lícito afastar a personalidade jurídica da sociedade, utilizando-se como fundamento o Código de Defesa de Consumidor e a Lei nº 8.884/1994 (revogada pela Lei nº 12.529/2011), e estender os efeitos das sanções aplicadas aos sócios, uma vez que ficou constatada a fraude. Confira-se trecho do referido acórdão:

Como se observa, os antigos proprietários da empresa Frangaço agiram com as mais diversas modalidades de fraude: superfaturamento, venda de bens que nunca existiram legalmente, emissão de notas fiscais 'calçadas'. Ademais, retiraram o dinheiro referente ao pagamento diretamente no caixa do banco, não fazendo-o ingressar em proveito da empresa. Está provado, portanto, que as ações foram em benefício próprio.

[...] Concluindo, não é de justiça e conforme o direito contemporâneo esquecer os fatos insertos nos autos para não aplicar ao verdadeiro culpado as penalidades cabíveis,

9 Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/jurisprudencia>

10 TCU. Acórdão n. 189/2001, Plenário, j: 08/08/2001. Disponível em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A189%2520ANOACORDAO%253A2001/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520. Acesso em: 10 mar. 2023

principalmente porque, se não aplicada a regra da desconsideração da personalidade jurídica, poder-se-á estar inviabilizando a execução, não punindo o verdadeiro infrator, impossibilitando a aplicação de sanções outras que não o débito (multa por exemplo) àqueles que praticaram os ilícitos, usufruíram pessoalmente das verbas ilícitamente auferidas (já que não contabilizaram na empresa e sacaram diretamente no banco) e que não figurarão nos autos, dificultando a apuração da responsabilidade dos mesmos e conseqüente encaminhamento dos fatos ao Ministério Público Federal para as ações de direito, enfim, uma série de conseqüências jurídicas capazes de tornar este processo inefetivo e injusto.

O Acórdão nº 2.696/2011¹¹ também considerou que é possível a admissibilidade da *disregard doctrine* e, ainda, decidiu que os efeitos da desconsideração não se restringem aos sócios de direito da empresa, mas também alcançam eventuais sócios ocultos, condenando de forma solidária a sociedade e todos os sócios.

No Acórdão nº 2.005/2017,¹² foi confirmada a possibilidade de desconsideração e responsabilização das sociedades controladoras (*holdings*) solidariamente com as sociedades controladas, visto que havia “robustos elementos probatórios que agiram, de forma comissiva ou omissiva, por intermédio de seus presidentes, diretores, e/ou empresas controladas, de forma a contribuírem para a perpetração dos ilícitos que ocasionaram dano ao erário”. Além disso, decidiu-se que as sociedades controladoras eram as verdadeiras tomadoras de decisões e, em última análise, beneficiárias dos ilícitos em questão.

Não bastasse, em acórdão recente (Acórdão nº 1.717/2022),¹³ a defesa alegou, entre outros argumentos, a incompetência do tribunal para desconsiderar a personalidade jurídica baseando-se, em síntese, na corrente negativista, e utilizou-se dos seguintes fundamentos: (a) não possui competência constitucional; (b) o art. 50 do Código Civil faz expressa menção acerca da necessidade de que a medida seja decretada por juiz, sendo a temática sujeita a cláusula de reserva de jurisdição; (c) com base no princípio da legalidade, a possibilidade da incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera dos tribunais de contas é questionável, haja vista que não há norma específica prevendo tal conduta e; (d) a forma que o TCU vem adotando e aplicando a desconsideração da personalidade jurídica não só carece de legalidade estrita, como também subverte a ordem processual nacional, de modo a transgredir outro princípio constitucional, qual seja, o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Por sua vez, o plenário do TCU refutou especificamente cada argumento e consignou (p. 56):

[...] Considero que também devem ser rejeitadas os argumentos da defesa que se insurgiram contra a desconstituição da personalidade jurídica da empresa. Conforme registrei em despacho à peça 204, a contestação da decisão do Plenário não foi objeto de espécie recursal própria. No mérito, além da consistente fundamentação delineada no voto condutor do Acórdão 1.612/2019-Plenário para chamamento aos autos da sócia da entidade empresarial, a jurisprudência do TCU é consolidada no sentido de que a responsabilização dos sócios e dirigentes de pessoas jurídicas envolvidas em irregularidades sob a jurisdição deste Tribunal decorre do próprio texto constitucional, em especial do art. 70, parágrafo único, e do inciso II do art. 71, que não fazem qualquer distinção entre agentes públicos

11 TCU. Acórdão n. 2696/2011 – Plenário, j: 05/10/2011. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*%2520E%2520desconsidera%25C3%25A7%25C3%25A3o/NUMACORDAO%253A2696/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 10 mar. 2023

12 TCU. Acórdão n. 2005/2017 – Plenário, j: 13/09/2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*%2520A%2520O%2520ANO%2520ACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 10 mar. 2023

13 TCU. Acórdão n. 1717/2022 – Plenário, j: 27/07/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1717%252F2022/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 10 mar. 2023

ou particulares para fins de recomposição do débito, bastando que qualquer um deles tenha dado causa a irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. A interpretação desses dispositivos constitucionais deixa evidente o poder-dever de o Tribunal de Contas da União julgar, não só as contas dos gestores públicos, mas de qualquer pessoa física ou jurídica que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

Percebe-se, ainda, analisando a jurisprudência do tribunal, que há precedentes em que se entende que a competência para a análise da desconsideração da personalidade jurídica incumbiria ao colegiado competente para julgar o processo, conforme se vê:

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO (FNDE). IMPUGNAÇÃO TOTAL DAS DESPESAS DO CONVÊNIO. FRAUDES ÀS LICITAÇÕES. ABUSO DE DIREITO E DESVIO DE FINALIDADE. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS SOCIEDADES. ATO DE COMPETÊNCIA DE ÓRGÃO COLEGIADO. AUTORIZAÇÃO DE CITAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS E DOS SÓCIOS DAS EMPRESAS CONTRATADAS

[...] Ante a ausência de disposição regimental acerca da matéria, e embora haja divergência jurisprudencial quanto à forma de se promover a desconsideração da personalidade jurídica, acompanho o entendimento de que tal questão deve ser decidida pelo colegiado competente para julgar o processo em que ocorrer a questão incidental, consoante acórdão 1891/2010-TCU-Plenário (relator ministro Walton Alencar Rodrigues), entendimento reafirmado pelo mesmo relator no acórdão 3453/2015-TCU-1ª Câmara e pelos acórdãos 2828/2015-TCU-Plenário (relator ministro Bruno Dantas) e 4829/2017-TCU-2ª Câmara (relatora ministra Ana Arraes). (TCU, Primeira Câmara, Acórdão n. 2474/2019, rel. min. Weder de Oliveira, j: 19/03/2019¹⁴).

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. FUNASA. MELHORIAS SANITÁRIAS DOMICILIARES. INEXECUÇÃO DO OBJETO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ATO DE COMPETÊNCIA DE ÓRGÃO COLEGIADO. 1. A desconsideração da personalidade jurídica, nos casos de abuso de direito, será decidida pelo colegiado competente para julgar o processo em que ocorrer a questão incidental. 2. Ao decidir pelo levantamento do véu da personalidade jurídica, o Tribunal indicará os administradores ou sócios responsáveis pelo abuso de direito, que responderão pelo dano imposto ao Erário. 3. Somente se procederá à citação dos sócios ou administradores responsáveis pelo abuso de direito, após a deliberação do Tribunal acerca da desconsideração da personalidade jurídica da empresa responsável pelo dano ou beneficiada com pagamentos irregulares. (TCU, Acórdão n. 1891/2010, Plenário, rel. min. Walton Alencar Rodrigues, j: 04/08/2010¹⁵).

Lado outro, há acórdãos em que constam posicionamentos divergentes, uma vez que restou decidido que o relator poderia decidir monocraticamente:

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. RECURSOS AFETOS À ÁREA DE SAÚDE. FRAUDE LICITATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE AS VERBAS FEDERAIS E AS OBRAS EXECUTADAS. CONFIGURAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ALEGAÇÕES DE DEFESA INSUFICIENTES PARA DESCARACTERIZAR AS IRREGULARIDADES APONTADAS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. APLICAÇÃO DE MULTA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DAS EMPRESAS LICITANTES. INABILITAÇÃO DE AGENTES MUNICIPAIS PARA EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL.

14 TCU. Acórdão n. 2474/2019 – Primeira Câmara, j: 19/03/2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2474%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Primeira%2520C%-25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em: 10 mar. 2023

15 Acórdão n. 1891/2010 – Plenário, j: 04/08/2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/desconsidera%25C3%25A7%25C3%25A3o/NUMACORDAO%253A1891%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0%2520>. Acesso em: 10 mar. 2023

[...] Do aludido artigo depreende-se que, diferentemente do que ocorre via de regra nos órgãos colegiados do Poder Judiciário, a processualística do TCU, dotada de impulso oficial, atribui aos Ministros relatores competência para delimitar a responsabilidade dos envolvidos, ainda que distintos daqueles inicialmente arrolados nos autos, não havendo óbices, a meu ver, a que essa delimitação monocrática de responsabilidade seja feita, entre outros, mediante levantamento do véu da personalidade jurídica. 57. Em diversas oportunidades esta corte de contas assim procedeu, tendo como relatores, por exemplo, os Ministros Adhemar Paladini Ghisi, Guilherme Palmeira, Raimundo Carreiro, José Jorge e Benjamin Zymler, segundo se depreende, respectivamente, dos acórdãos 126/2001, 189/2001, 2.858/2008, 1.209/2009 e 1.263/2009, todos de Plenário. Sob minha relatoria foram proferidos os acórdãos 873/2007-Plenário, 1.417/2008-2ª Câmara, 1.092/2010-Plenário e 1.820/2010-2ª Câmara, em que também foi adotada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica independentemente de prévia aprovação do órgão colegiado. 58. No âmbito das duas Câmaras do TCU, a título exemplificativo destaco os acórdãos 294/2002-2C, 2.990/2006-1C, 3.135/2006-2C, 1.417/2008-2C, 1.525/2009-1C, 3.965/2009-1C e 1.820/2010-2C, o primeiro relatado pelo Ministro Ubiratan Aguiar, o segundo pelo Ministro Augusto Nardes, o quarto e o último por mim e os outros três pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues. 59. Ademais, o fato de essa medida de exceção partir de iniciativa do relator do processo não prejudica em nada a defesa dos envolvidos. Some-se a isso a possibilidade de o colegiado competente, no momento do julgamento de mérito, vir a dissentir do relator, excluindo da relação processual o sócio ou administrador indevidamente instado a responder pelo dano apurado [...]. Diante desses argumentos, não obstante compreender a preocupação do eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues quanto à aplicação de medida de exceção tão delicada, entendo que não deve prevalecer a tese de que a citação de sócios ou administradores responsáveis pelo abuso de direito somente poderá ser procedida após a deliberação do tribunal acerca da desconsideração da personalidade jurídica, pois, a meu ver, a Lei Orgânica do TCU atribuiu aos relatores competência para tanto. (TCU, Acórdão n. 2589/2010, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, j: 29/09/2010¹⁶).

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE FACHADA. AUDIÊNCIA. CITAÇÃO. REVELIA. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO E MULTA. INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INIDONEIDADE DE EMPRESA. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

[...] Cabe ressaltar que a jurisprudência desta Casa tem se firmado no sentido de que a decisão de desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa é de competência do colegiado a quem cabe julgar o respectivo processo. Seguindo essa linha de raciocínio há os Acórdãos 2.096/2011, 2.089/2012 e 3.453/2015 de 1ª Câmara, 13.196/2016 de 2ª Câmara e 1.891/2010 de Plenário. 9. Por outro lado, segundo possibilidade suscitada no voto condutor do Acórdão 2.590/2013- 1ª Câmara, o ministro relator pode decidir monocraticamente sobre a questão – hipótese verificada nos presentes autos – e, posteriormente, submeter à apreciação do colegiado competente a proposta de convalidação, nos termos do art. 172 do Regimento Interno do TCU, da citação realizada com base em desconsideração de personalidade jurídica. (TCU, Acórdão n. 2018/2018, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, j: 29/08/2018¹⁷).

Portanto, verifica-se que o TCU vem se manifestando de modo pacífico quanto à possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, sendo que a divergência reside apenas se deve

16 TCU. Acórdão n. 2589/2010 – Plenário, j: 29/09/2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/desconsidera%25C3%25A7%25C3%25A3o/NUMACORDAO%253A2589%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0%2520>. Acesso em: 10 mar. 2023

17 TCU. Acórdão n. 2018/2018 – Plenário, j: 29/08/2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/desconsidera%25C3%25A7%25C3%25A3o/NUMACORDAO%253A2018%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0%2520>. Acesso em: 15 jan. 2023

ser feita pelo colegiado ou se pode ser decidida monocraticamente pelo relator. Fato é que o tribunal atesta a admissibilidade do instituto em âmbito administrativo, sobretudo pelas cortes de contas.¹⁸

Quanto ao tema no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, verifica-se que a discussão ainda é embrionária, havendo poucos julgados a respeito. No julgamento da Denúncia nº 1.054.066,¹⁹ na sessão do dia 12.07.2022, o relator, embora tenha entendido que a desconstituição da personalidade jurídica não se aplicava naquele caso, ressaltou a possibilidade de aplicação do instituto na esfera administrativa.

Ademais, na apreciação da Tomada de Contas Especial nº 1.015.647,²⁰ na sessão do dia 07.07.2022, o relator do processo entendeu que deveria ocorrer a responsabilização pessoal do sócio administrador, solidariamente com a empresa, por meio da desconsideração, uma vez comprovado o abuso por desvio de finalidade e colacionou, para tanto, jurisprudência do TCU.

Não obstante, foi apresentada divergência, ponderando sobre a excepcionalidade do instituto, uma vez que deveria apenas ser utilizado quando demonstrado o abuso da personalidade jurídica. O conselheiro também reiterou a possibilidade de aplicação na esfera controladora das cortes de contas, inclusive, podendo ser decidida monocraticamente pelo relator. Porém, entendeu que seria necessária a observância do rito processual do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, previsto nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil, especialmente quanto à necessidade de oportunizar o contraditório e a ampla defesa prévios aos administradores ou sócios da empresa para se defenderem das imputações de desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Após, sustentou que não caberia a desconsideração naquele caso em análise, tendo em vista que não houve citação específica para que os sócios se manifestassem expressamente quanto à questão e que esse vício processual não poderia ser sanado em tempo hábil, diante da iminência incidência dos prazos prescricionais. Confira o trecho do referido acórdão:

Vale destacar que nos referidos estudos da Unidade Técnica e no despacho de citação à peça n. 12, em nenhum momento foi mencionada expressamente a questão da desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do art. 50 do Código Civil. O relator analisou a questão e efetuou a desconsideração da personalidade jurídica diretamente em seu voto apresentado na sessão da Segunda Câmara em 30/06/2022. Assim, com a devida vênia ao relator, reforço o entendimento de que, após instaurado o incidente em questão, o sócio-administrador deveria ter sido citado para se defender acerca da ocorrência do desvio de finalidade da pessoa jurídica, o que acarretaria sua responsabilidade pessoal, caso a decisão fosse pela desconsideração da personalidade jurídica. Após proporcionar o contraditório e a ampla defesa especificamente sobre esta questão, é que o relator poderia efetuar a desconsideração da personalidade jurídica e decidir, em seguida, pela responsabilização pessoal do Sr. William Starling, cumulativamente à sociedade empresária da qual é sócio-administrador, quanto ao dano ao erário no valor de R\$ 784.748,86 (setecentos e oitenta e quatro mil setecentos e quarenta e oito reais e oitenta e seis centavos).

Por fim, foi aprovado o voto parcialmente divergente, mantendo-se o entendimento de que, apesar de ser possível a aplicação do instituto no âmbito dos tribunais de contas, não se aplicava ao caso concreto, diante da inexistência de citação específica quanto à questão.

18 Nesse sentido, cite-se ainda como exemplo as seguintes decisões proferidas: Acórdão 3019/2011 – Plenário, j: 16/11/2011; Acórdão 934/2017 – Primeira Câmara, j: 21/02/2017; Acórdão 2957/2018 – Plenário, j: 12/12/2018; Acórdão 1421/2019 – Plenário, j: 19/06/2019; Acórdão 1612/2019 – Plenário, j: 10/07/2019; Acórdão 2273/2019 – Plenário, j: 25/09/2019; Acórdão 1457/2022 – Plenário, j: 22/06/2022; Acórdão 1484/2022 – Plenário, j: 29/06/2022; Acórdão 1704/2022 – Plenário, j: 27/07/2022; Acórdão 1905/2022 – Plenário, j: 17/08/2022;

19 Denúncia n. 1.054.066, Primeira Câmara, Rel. Cons. José Alves Viana, j: 12/07/2022. Disponível em: <https://tcnotas.tce.mg.gov.br/tcjuris/Nota/BuscarArquivo/2830121>

20 Tomada de Contas Especial n. 1.015.647, Segunda Câmara, Cons. Claudio Couto Terrão, j: 07/07/2022. Disponível em: <https://tcnotas.tce.mg.gov.br/tcjuris/Nota/BuscarArquivo/2825259>

4.2 STJ E STF

Diante da relevância do tema, a controvérsia chegou aos tribunais superiores. Nessa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça proferiu uma decisão em 2003, em sede de recurso ordinário em mandado de segurança (RMS nº 15.166/BA), considerada paradigma e citada por diversas vezes em artigos doutrinários e julgados. Confira-se ementa:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS. – A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída. – A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. – Recurso a que se nega provimento. (STJ, RMS 15.166/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003²¹).

Na ocasião, foi considerada legítima a aplicação do instituto pela própria administração pública, sem a necessidade de recorrer previamente ao Poder Judiciário, com base nos princípios da moralidade administrativa e indisponibilidade do interesse público e desde que precedido de processo administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Conforme lições bem delineadas pelo eminente ministro Castro Meira, havendo conflito entre princípios do ordenamento jurídico, exige-se do aplicador do direito a solução que melhor resultado traga à harmonia do sistema normativo, sendo certo que a ausência de norma específica não pode impor à administração um atuar em desconformidade com o princípio da moralidade administrativa, muito menos exigir-lhe sacrifício dos interesses públicos que estão sob sua guarda. Assim, permitir que uma empresa constituída com desvio de finalidade, com abuso de forma e em nítida fraude à lei, venha a participar de processos licitatórios, abrindo-se a possibilidade de que esta tome parte em um contrato firmado com o poder público, afronta o princípio da moralidade administrativos e o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Ainda de acordo com o ministro, o abuso de um instituto de direito não pode jamais ser tutelado pelo ordenamento jurídico. Isto é, não pode o direito, sob a alegação de proteção ao princípio da legalidade, atribuir validade aos atos que ofendem seus princípios e institutos. O recurso ordinário foi negado, por unanimidade, nos termos do voto do ministro relator.

Com efeito, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, há três discussões emblemáticas sobre a temática que merecem ser analisadas individualmente conforme se verá a seguir.

21 Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processospesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.a&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200200942657. Acesso em: 20 fev. 2023

4.2.1 Mandado de Segurança nº 32.494/DF

O MS nº 32.494/DF²² foi impetrado com pedido de liminar pela empresa PNG Brasil Produtos Siderúrgicos S.A., juntamente com duas pessoas físicas, em face de acórdão proferido pelo TCU (Acórdão nº 2.593/2013). Primeiramente, foi aplicada à sociedade Dismaf Distribuidora de Manufaturados Ltda. a suspensão do direito de licitar e contratar com a administração pública. Na ocasião do acórdão do TCU, foi determinada a desconsideração da personalidade jurídica e extensão dos efeitos da sanção de suspensão de licitar à impetrante. Segundo a corte de contas, a PNG Brasil teria sido constituída com a intenção de burlar a penalidade aplicada à Dismaf Distribuidora de Manufaturados Ltda., de modo que, com base na “teoria da desconsideração, expansiva da personalidade jurídica, nos princípios da moralidade administrativa e da indisponibilidade do interesse público”, deveria ocorrer a extensão dos efeitos da sanção.

Na análise do pedido liminar, o ministro Celso de Mello entendeu que o TCU, exercendo o controle de legalidade dos procedimentos licitatórios sujeitos à sua jurisdição, possuiria atribuição para estender a sanção, pois essa prerrogativa também comporia a esfera de atribuições institucionais do tribunal. Afirmou que o art. 71 da CR/88 supõe, “ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais”.

Aduziu, ainda, que a ausência de autorização legal outorgando competência expressa ao TCU para promover a desconsideração da personalidade jurídica não violaria, aparentemente, o postulado da legalidade, pois a aplicação do instituto precedeu em muitos anos a própria edição de diversos diplomas legislativos que atualmente o disciplinam. Também encontraria suporte na teoria dos poderes implícitos e no princípio da moralidade administrativa, “em ordem a inibir o emprego da fraude e a neutralizar a prática do abuso de direito, que se revelam comportamentos incompatíveis com a essência ética do Direito”.

As considerações feitas pelo ministro levariam à denegação do pleito cautelar, o que foi, inclusive, admitido por ele. Todavia, em sede de cognição sumária, concluiu pela suspensão da eficácia de parte do acórdão proferido pelo TCU, a qual foi determinada a desconsideração, por questões de prudência. A propósito, cite-se:

Ocorre, no entanto, que razões de prudência e o reconhecimento da plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte impetrante impõem que se outorgue, na espécie, a pretendida tutela cautelar, seja porque esta Suprema Corte ainda não se pronunciou sobre a validade da aplicação da “disregard doctrine” no âmbito dos procedimentos administrativos, seja porque há eminentes doutrinadores, apoiados na cláusula constitucional da reserva de jurisdição, que entendem imprescindível a existência de ato jurisdicional para legitimar a desconsideração da personalidade jurídica (o que tornaria inadmissível a utilização dessa técnica por órgãos e Tribunais administrativos), seja porque se mostra relevante examinar o tema da desconsideração expansiva da personalidade civil em face do princípio da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos, seja, ainda, porque assume significativa importância o debate em torno da possibilidade de utilização da “disregard doctrine”, pela própria Administração Pública, agindo “pro domo sua”, examinada essa específica questão na perspectiva do princípio da legalidade.

Por sua vez, a União interpôs agravo interno e o Ministério Público Federal (MPF) emitiu parecer pela denegação de segurança. Em 05.09.2018, a impetrante protocolou petição, invocando a ocorrência de fato superveniente, consistente na invalidação da sanção imposta à Dismaf, o que afetaria o ato coator objeto do presente mandado de segurança. Após manifestações da Advocacia Geral da União, do MPF

22 STF. MS 32.494 MC/DF, Relator: Min. Celso de Mello, j: 11/11/2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4484385>. Acesso em 18/03/2023.

e do TCU, os autos foram conclusos ao relator, no dia 23.03.2022 e, até o presente momento, não houve julgamento de mérito.

4.2.2 Mandado de Segurança nº 35.506/DF²³

No mandado de segurança em análise, a empresa PPI – Projeto de Plantas Industriais Ltda. requereu, em caráter liminar, a cassação da decisão do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 2.014/2017) que decretou a indisponibilidade cautelar dos seus bens e ativos e a desconsideração de sua personalidade jurídica.

O ministro Marco Aurélio, na qualidade de relator, deferiu a liminar pleiteada e por consequência suspendeu a eficácia do item do acórdão que continha as determinações acima. Segundo ele, não incumbe ao tribunal de contas, órgão administrativo que auxilia o Congresso Nacional, o implemento de medidas cautelares constritivas de direito, de efeitos práticos tão gravosos, como é o caso da indisponibilidade de bens e da desconsideração, que configuram sanções patrimoniais antecipadas.

Ademais, alegou que não se trata de afirmar a ausência do poder geral de cautela das cortes de contas, mas sim que essa atribuição possui limites, dentro dos quais não se encontra o de bloquear, por ato próprio, dotado de autoexecutoriedade, os bens de particulares contratantes com a administração pública.

Após regular trâmite, o processo foi afetado ao plenário e incluído em pauta para julgamento, em 18.06.2020. O ministro Marco Aurélio proferiu seu voto nos termos da decisão liminar concedida anteriormente. Em continuidade do julgamento, após os votos dos ministros Ricardo Lewandowski, Luiz Fux e Edson Fachin, que divergiram do relator e denegavam a ordem, pediu vista dos autos o ministro Gilmar Mendes (16.04.2021 a 26.04.2021).

Após o voto-vista do ministro Gilmar Mendes e do voto da ministra Cármen Lúcia, que acompanhavam o voto divergente do ministro Edson Fachin e denegavam a ordem, e do voto do ministro Alexandre de Moraes, que também denegava a ordem, nos termos de seu voto, pediu vista dos autos o ministro Nunes Marques (01.04.2022 a 08.04.2022).

Finalmente, em julgamento recente (30.09.2022 a 07.10.2022), o tribunal, por maioria e nos termos dos votos proferidos, denegou a ordem, vencidos o ministro Marco Aurélio (relator), que deferia a ordem, e o ministro Nunes Marques, que concedia parcialmente a ordem para anular somente a indisponibilidade de bens. O acórdão foi assim ementado:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. ACÓRDÃO 2.014/2017-TCU/PLENÁRIO. MEDIDAS CAUTELARES. SITUAÇÕES DE URGÊNCIA. DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS DE PARTICULAR E **DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. INVASÃO DA COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. INOCORRÊNCIA.** CONTRADITÓRIO DIFERIDO. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NÃO CONSTATADA. OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - As Cortes de Contas, em situações de urgência, nas quais haja fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, podem aplicar medidas cautelares, até que sobrevenha decisão final acerca da questão posta. **II – O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a aplicação**

23 STF. MS 35506, Relator (a): Marco Aurélio, Relator (a) p/ Acórdão: Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j: 10/10/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5343207>.

da teoria dos poderes implícitos, de maneira a entender que o Tribunal de Contas da União pode deferir medidas cautelares para bem cumprir a sua atribuição constitucional. III – Não obstante, é preciso que observe o devido processo legal, bem assim os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, abstenendo-se, ademais, de invadir a esfera jurisdicional. IV – A jurisprudência pacificada do STF admite que as Cortes de Contas lancem mão de medidas cautelares, as quais, levando em consideração a origem pública dos recursos sob fiscalização, podem recair sobre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. V – A Lei 8.443/1992 prevê expressamente a possibilidade de bloqueio cautelar de bens pelo TCU ou por decisão judicial, após atuação da Advocacia-Geral da União (arts. 44, § 2º, e 61). VI – Sem embargo, a fruição do direito de propriedade, que goza de expressa proteção constitucional, somente pode ser obstado ou limitado em caráter definitivo pelo Poder Judiciário, guardião último dos direitos e garantias fundamentais. **VII - Nada obsta, porém, que o TCU decrete a indisponibilidade cautelar de bens, pelo prazo não superior a um ano (art. 44, § 2º), sendo-lhe permitido, ainda, promover, cautelarmente, a desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica objeto da apuração, de maneira a assegurar o resultado útil do processo.** VIII – No caso sob exame, a desconsideração da personalidade foi levada a efeito pelo TCU, em sede preambular, e não definitiva, sob o argumento de que “os seus administradores utilizaram-na para maximizar os seus lucros mediante a prática de ilícitos em prejuízo da Petrobras”. IX – **Assegurada a oportunidade de manifestação posterior dos responsáveis pelos supostos danos ao erário, hipótese de contraditório diferido que não implica ofensa à garantia do devido processo legal.** Precedente. X – Inexistência de vício material ou formal no ato impugnado, razão pela qual não há falar em direito líquido e certo da impetrante. XI - Ordem denegada.

Nesse contexto, importante consignar trechos dos votos dos ministros que denegaram a ordem.

Segundo passagem citada pelo ministro Ricardo Lewandowski, seria possível a aplicação do instituto no âmbito dos tribunais de contas, em casos de urgência e de evidente perigo de dano ao erário, mediante aplicação supletiva do CPC/15:

De modo a cumprir tal desiderato, a Lei Processual Civil instituiu um incidente específico de desconsideração da personalidade jurídica, disciplinado do art. 133 ao 137, o qual se processará sempre na esfera judicial, a requerimento dos interessados. Ademais, “observará os pressupostos previstos em lei” (§ 1º do art. 133), sem prejuízo do “preenchimento dos pressupostos legais específicos” (§ 4º, do art. 134). Convém lembrar, a propósito da discussão, travada nestes autos, a disposição constante do art. 15 do Código de Processo Civil, segundo a qual “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Ou seja, inexistindo disposição legal específica regulando certa temática de cunho processual, há de aplicar-se, no que couber, o previsto o CPC (p. 19).

Ainda, não haveria razão para que a teoria da desconsideração não pudesse ser aplicada ao Direito Administrativo, por sua finalidade de reprimir abusos e fraudes pelo uso inadequado da pessoa jurídica, sendo aplicável a qualquer ramo do direito. Outrossim, o magistrado afirma que não há dúvidas de que o STF já reconheceu a “aplicação da teoria dos poderes implícitos, de maneira a entender que o Tribunal de Contas da União pode deferir medidas cautelares para cumprir a sua atribuição constitucional de exercer o controle externo da Administração Pública”, podendo, inclusive, recair sobre particulares, e não apenas sobre órgãos ou agentes públicos.

De modo complementar, o ministro Edson Fachin sustenta que a matéria não está sujeita à reserva de jurisdição:

Portanto, a possibilidade do reconhecimento administrativo dos requisitos para decretar a desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilização de administradores e sócios já está internalizada em nosso ordenamento jurídico, e, ainda

que não seja previsão específica destinada ao Tribunal de Contas da União, reforça a compreensão de que a matéria não está sujeita à reserva de jurisdição, sendo possível sua aplicação analógica ao caso.

O ministro ainda defende a possibilidade de decretar a medida cautelar ainda que sem a oitiva prévia dos responsáveis, haja vista que não há violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, eis que apenas difere esse momento para período posterior.

Como bem salientado pelo ministro Gilmar Mendes, em situações concretas envolvendo a malversação de recursos públicos, os tribunais de contas podem responsabilizar diretamente a pessoa física responsável pela prática do ato ilícito. Contudo, é inequívoco que serão enfrentadas situações de desvio de finalidade ou confusão patrimonial da pessoa jurídica a ensejar sua desconsideração.

Assim, o STF decidiu que o TCU possui, de fato, competência para decretar a indisponibilidade de bens, bem como aplicar o instituto da *disregard doctrine*, com base na teoria dos poderes implícitos, desde que respeitados o devido processo legal e os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

4.2.3 Mandado de Segurança nº 35.920/DF

Outro caso de grande repercussão envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica foi o MS nº 35.920/DF,²⁴ oportunidade em que a empresa UTC Engenharia S.A. se opôs à decisão do Tribunal de Contas da União – mesmo acórdão impugnado do MS nº 35.506/DF – que determinou, entre outras medidas, a desconsideração da personalidade jurídica da impetrante.

Em sede cautelar, o ministro Marco Aurélio deferiu a tutela de urgência e reiterou os argumentos utilizados no MS nº 35.506/DF. Lembrou que prevalece como garantia dos cidadãos em relação ao Estado o princípio da legalidade estrita, segundo o qual a administração pública pode agir apenas quando expressamente autorizada por lei, não sendo adequada, como forma de justificar atribuição não legalmente prevista, articular com a aplicação analógica de outras normas, por exemplo, o artigo 14 da Lei nº 12.846/2013, ou com cláusulas gerais, tais como a proteção à moralidade e a supremacia do interesse público.

No julgamento do mérito do processo, em 16.04.2021, o ministro Marco Aurélio (relator) entendeu pela concessão da segurança e confirmou o seu entendimento exposto na liminar. Por sua vez, o ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos.

Em recentíssimo julgado, datado 18.03.2023, foi finalizado o julgamento do feito, ocasião em que o tribunal, por maioria, denegou a ordem, nos termos do voto do ministro Gilmar Mendes, vencido o ministro relator.

Consoante voto vencedor:

A questão concernente à possibilidade de o TCU superar o manto da pessoa jurídica para alcançar seus sócios ou administradores, ou mesmo sociedade coligadas, guarda estreita relação com o que discutido no tópico anterior. É que os já citados artigos 1º e 16 da Lei nº 8.443/1992 estabelecem que cabe ao Tribunal de Contas aplicar as sanções em virtude de irregularidades na aplicação de recursos públicos a todos os envolvidos na prática, que respondem solidariamente pelo débito, sejam pessoas físicas ou jurídicas, particulares

24 STF. MS 35920, Relator (a): Marco Aurélio, Relator (a) p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j: 18/03/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5524672>.

ou não. E dentro desse contexto, cabe ao TCU manejar cautelarmente os instrumentos necessários para alcançar o patrimônio de todos os responsáveis pelo maltrato da coisa pública, dentre os quais se incluem a decretação da indisponibilidade de bens e a imputação do débito diretamente a pessoas físicas envolvidas.

O ministro Gilmar Mendes também reiterou a fundamentação elencada no seu voto no julgamento do MS nº 35.506/DF, argumentando, em síntese, que, embora seja possível a responsabilização direta pelas cortes de contas, nada impede ao tribunal aplicar a desconsideração da personalidade jurídica quando constatado desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Ademais, o instituto não se sujeita à reserva de jurisdição, pois “o levantamento do véu da pessoa jurídica, embora grave do ponto de vista da segurança jurídica e da liberdade econômica, não se afeiçoa àquele estrito rol de direitos fundamentais cuja restrição apenas pode ser operacionalizada pelo Poder Judiciário”. Nesse sentido, ponderou que, por se tratar de procedimento grave, impõe ao órgão competente a observância do contraditório e da ampla defesa, bem como a adoção de fundamentação qualificada.

Dessa forma, em consonância com o entendimento exposto neste artigo, o Supremo Tribunal Federal concluiu, novamente, pela competência dos tribunais de contas para utilizar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, em que pese as decisões se encontrarem pendentes de trânsito em julgado.

4 CONCLUSÕES

O estudo foi norteado pela seguinte questão: seria possível a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos tribunais de contas? Aqui, a consideração conclusiva é positiva.

Conforme desenvolvido neste artigo, a desconsideração da personalidade jurídica surge como importante instrumento para responsabilizar quem efetivamente foi o autor dos ilícitos, por meio da suspensão episódica da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Assim, verificadas as condutas fraudulentas, mediante desvio de finalidade ou confusão patrimonial, utilizando-se a pessoa jurídica como espécie de véu para proteger a fraude, permite-se a aplicação do instituto para atingir o patrimônio pessoal dos sócios ou dirigentes.

A teoria é amplamente utilizada no nosso ordenamento jurídico e contém diversas normas, as quais foram exaustivamente demonstradas durante a pesquisa, que a disciplinam nos mais variados diplomas legais, inclusive, aqueles pertencentes à seara do Direito público. Nessa perspectiva, considerando, ainda, que o instituto é oriundo da teoria geral do Direito, não restam dúvidas de que pode ser aplicado em qualquer área do Direito, sendo plenamente cabível no Direito Administrativo e, por conseguinte, no âmbito dos tribunais de contas, os quais são órgãos incumbidos de tutelar o patrimônio público e desempenham importante papel na apuração e apreciação da legalidade dos atos administrativos, bem como na responsabilização dos agentes públicos e privados.

Dito isso, as funções fiscalizadora e sancionatória das cortes de contas, atribuídas pela Constituição da República em seu art. 71, permitem a identificação e responsabilização de qualquer pessoa, física ou jurídica, que possua relação com os recursos públicos ou tenha causado prejuízo ao erário. Em termos práticos, a ausência de previsão específica, tal como alegado pela corrente negativista, não é motivação suficiente para afastar a utilização da desconsideração da personalidade jurídica no exercício do controle externo dos tribunais de contas.

Tal possibilidade é legitimada pela teoria dos poderes implícitos, bem como pelos princípios da administração pública, sobretudo o da moralidade, da supremacia e indisponibilidade do interesse público, conforme dissertado em tópico próprio, por meio de diversas passagens doutrinárias.

Não bastasse, mediante uma perfunctória análise das principais decisões jurisprudenciais brasileiras, extrai-se que o TCU possui jurisprudência consolidada no sentido de admitir a aplicabilidade do instituto pelas cortes de contas, assim como o STJ e o TCEMG, no qual, embora a discussão ainda seja embrionária, também possui precedentes no mesmo sentido.

Ademais, em consonância com o entendimento exposto neste artigo, o Supremo Tribunal Federal em mais de uma oportunidade, em julgamentos bastante recentes, decidiu que o TCU – e por simetria os tribunais de contas estaduais – possui competência para aplicar a *disregard doctrine*, desde que respeitados o devido processo legal, os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, bem como os princípios do contraditório e ampla defesa.

Conforme bem delineado nos votos proferidos pelos ministros, em situações concretas envolvendo a malversação de recursos públicos, os tribunais de contas podem responsabilizar diretamente a pessoa física responsável, com base na redação do art. 71 da CR/88. Não obstante, eventualmente serão enfrentadas situações de desvio de finalidade ou confusão patrimonial que justifiquem a utilização do instituto.

É verdade que a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos tribunais de contas exige uma aplicação comedida, de forma excepcional, diante da gravidade do procedimento, sendo imprescindível a observância ao contraditório e ampla defesa. Todavia, impedir sua utilização pelas cortes de contas significaria tutelar um abuso de direito e atribuir validade aos atos que violam os princípios do ordenamento jurídico, além de não imputar quem deu efetivamente causa à perda, extravio ou outra irregularidade que resulte dano ao erário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. *Lei n. 8.429*, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. *Lei n. 8.443*, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. *Lei n. 8.884*, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. *Lei n. 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. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. *Lei n. 12.846*, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. *Lein. 13.874*, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. *Lei n. 14.133*, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. *Lei n. 14.230*, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 15.166/BA. 2ª Turma. Recorrente: G E G Móveis Máquinas e Equipamentos Ltda. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relator: Ministro Castro Meira. Data do julgamento: 07 ago.2003. Data da publicação: 08 set. 2003. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero_registro=200200942657. Acesso em: 20 fev. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 32.494/DF*. Impetrante: PNG Brasil Produtos Siderúrgicos S.A. e outros. Impetrados: Presidente do Tribunal de Contas da União e Relator do TC-000.723/2013-4. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF. Data do julgamento: 11 nov. 2013. Data da publicação: 13 nov. 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4484385>. Acesso em 18 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 35.506/DF*. Impetrante: Projeto de Plantas Industriais Ltda. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator (a) p/ Acórdão: Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno. Data do julgamento: 10/10/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5343207>. Acesso em: 18 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 35.920/DF*. Impetrante: UTC Engenharia S.A. - Em Recuperação Judicial. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator (a): Marco Aurélio, Relator (a) p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Data do julgamento: 18/03/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5524672>. Acesso em: 18 mar. 2023

COPOLA, Gina. A desconsideração da personalidade jurídica na nova Lei de Licitações. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, ano 21, n. 245, p. 31-42, maio 2022. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/138/52180/105080>. Acesso em: 10 jan. 2023.

FARIAS, Luciano Chaves de. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. *Fórum Administrativo - FA*, ano 7, n. 80, p. 40-49, out. 2007. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/124/10491/16911>. Acesso em: 12 fev. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LOPES, Luiz Felipe Horowitz. Possibilidade e limites da desconsideração da personalidade jurídica pelos tribunais de contas: uma análise sob a perspectiva da Lei da Liberdade Econômica. *Âmbito jurídico*, 01 set. 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/possibilidade-e-limites-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica-pelos-tribunais-de-contas-uma-analise-sob-a-perspectiva-da-lei-da-liberdade-economica/#_ftn1. Acesso em 10 jan. 2023

MORAES, Flavia Albertin de. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o processo administrativo punitivo. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, ano 4, n. 252, p. 45-65, set./dez. 2009. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/252/2628>. Acesso em: 06 jan. 2023.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. TCU pode desconsiderar a personalidade jurídica e estender efeitos da inidoneidade? *Jota.info*, São Paulo, 29 set. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/tcu-pode-desconsiderar-personalidade-juridica-e-estender-efeitos-da-inidoneidade-29092021>. Acesso em: 06 jan. 2023.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A desconsideração da personalidade jurídica em face de impedimentos para participar de licitações e contratar com a administração pública: limites jurisprudenciais. *Revista Síntese Direito Administrativo*, n. 60, p. 79-112, dez. 2010.

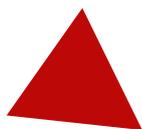
RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Desconsideração da personalidade jurídica. In: RIBEIRO, Márcio de Aguiar. *Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1459/1513/5881>. Acesso em: 14 fev. 2023.

SARAI, Leandro. Disregard doctrine e sua aplicação pela Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C*, ano 19, n. 62, p. 193-219, out./dez. 2015. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/103/814>. Acesso em: 15 fev. 2023.

TCU. *Regimento Interno do Tribunal de Contas da União*. Resolução n. 155, de 4 de dezembro de 2002, alterada pela Resolução TCU n. 246, de 30 de novembro de 2011. Brasília, DF. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/6D/52/C9/74/D0C2681046756058F18818A8/RITCU.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2023.

WILLEMANN, Marianna Montebello. Os Tribunais de Contas e a Disregard Doctrine. *Fórum Administrativo - FA*, ano 5, n. 49, mar. 2005. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/124/10394/14379>. Acesso em: 06 jan. 2023.

A RELEVÂNCIA DO PLANEJAMENTO NA LEI Nº 14.133/2021



Licurgo Mourão

Pós-doutorando e Doutor em Direito – Universidade de São Paulo. Conselheiro substituto do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Extensões na Hong Kong University; California Western School of Law; Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne; The George Washington University.

Silvia Motta Piancastelli

Graduada em Direito pela Faculdade Milton Campos. Graduada em Administração de Empresas na UNA. Assessora de Conselheiro no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Sumário: 1. Introdução; 2. A nova Lei nº 14.133/2021 e a ênfase no planejamento; 3. Obras paralisadas devido à falta de planejamento da administração; 4. Considerações finais; Referências

Resumo: O princípio do planejamento foi colocado em primeiro plano na Lei nº 14.133/2021, trazendo um reforço às ações programadas, de modo a mitigar riscos e evitar compras, obras e contratações de serviços de forma impulsiva. Uma auditoria realizada no Tribunal de Contas da União (TCU) demonstra o quanto a falta de planejamento acarreta em prejuízos econômicos e sociais, com obras paralisadas por todo o país. Os dispositivos que dão ênfase ao planejamento, dentre outros, contidos na Lei nº 14.133/2021, motivam o presente estudo, para que a Administração Pública possa se beneficiar de instrumentos que viabilizem a seleção da proposta mais vantajosa nas licitações e contratações.

Abstract: Planning principle was highlighted in the new law nº 14.133/2021, reinforcing the programmed actions, in a way that could mitigate risks, and avoid impulsive purchases and actions. The articles that emphasize planning in the law nº 14133/2021 give reason to the present study, so the public administration could benefit itself of instruments that enable the selection of the most advantageous proposal in bids and contracts.

Palavras-chave: princípios; planejamento estratégico; Lei nº 14.133/2021; licitações; contratações; estudo técnico preliminar; plano de contratações anual; obras públicas.

Keywords: principles; strategic planning; Law nº 14,133/2021; bids; hires; preliminary technical study; annual hiring plan; public constructions.

1 INTRODUÇÃO

Para Peter Ferdinand Drucker, o trabalho do administrador pode ser definido como “planejar, organizar, ajustar, medir e formar pessoas”. Segundo o acadêmico, o papel do administrador é definir objetivos, sempre de acordo com o planejamento estratégico e orçamentário, ensinando que “planejar não diz respeito a decisões futuras, mas a implicações futuras de decisões presentes.”¹

Tendo por norte o planejamento estratégico para uma gestão de contratações eficiente, a condução das licitações cotidianamente realizada pela administração pública deve se organizar com ênfase na governança e nos princípios fundamentais contidos no art. 5º da nova lei de licitações e contratos administrativos, Lei nº 14.133/2021. Alguns princípios, já contemplados na vetusta Lei nº 8.666/1993, tais como impessoalidade, legalidade, moralidade, publicidade e probidade administrativa, e outros, gratas novidades, como os do planejamento e da transparência.

1 DRUCKER, Peter F. *O gestor eficaz*. Rio de Janeiro: LTC, 1990.

As auditorias realizadas e os estudos empíricos do Tribunal de Contas da União (TCU), conforme serão expostos, indicam o quanto a falta de planejamento acarreta prejuízos econômicos e sociais, com obras paralisadas e dinheiro público mal utilizado, sendo a coletividade, infelizmente, a maior prejudicada.

A revisão bibliográfica e os dispositivos que dão ênfase ao planejamento, entre outros contidos na Lei nº 14.133/2021, embasam o presente estudo. Espera-se que a administração pública possa se beneficiar desses instrumentos, de modo a viabilizar a seleção da proposta mais vantajosa nas licitações e contratações, para atingir a economicidade e a qualidade dos produtos e serviços adquiridos e, conseqüentemente, os interesses da coletividade.

2 A NOVA LEI Nº 14.133/2021 E A ÊNFASE NO PLANEJAMENTO

O planejamento foi elevado a princípio das licitações e contratos, em conformidade com o *caput* do artigo 5º da Lei nº 14.133/2021, tendo o legislador se dedicado, especialmente, à fase preparatória, em que a licitação se inicia e a administração pública “trata de planejar a futura licitação e contrato, definindo os seus objetos e todas as suas condições, o que deve, ao final, ser retratado no edital de licitação e documentos que lhe são anexos”, como leciona o professor Joel Niebuhr.²

Marçal Justen Filho³ ensina que o planejamento impõe a criação de procedimentos da atividade administrativa, reduzindo o subjetivismo decisório, fortalecendo escolhas racionais da administração e a gestão eficiente dos recursos. Planejamento é o contrário do imprevisto, e o planejamento estratégico, segundo Augustinho Vicente Paludo,⁴ é de responsabilidade da alta administração, com foco no longo prazo e na efetividade, abrangendo toda a organização, definindo rumos, objetivos, estratégias, entre outras questões.

Segundo Niebuhr,⁵ o planejamento das licitações inicia-se a partir do Plano de Contratações Anual (PCA), previsto no inciso VII do art. 6º da Lei nº 14.133/2021, porém, não vincula a administração pública, que pode dele divergir sem que isso provoque maiores repercussões. Bárbara Hosken de Sá Gomide⁶ leciona, sobre a relevância do PCA na rotina dos administradores no setor de contratações:

Conforme preconiza o dispositivo legal, o PCA visa à racionalização das contratações, e isso quer dizer que o objetivo é fazer uma programação da necessidade de determinada contratação, através da previsão de consumo, a partir do prognóstico da sua utilização provável e necessária.

Em que pese o dispositivo legal mencionar o Plano como uma possibilidade e não como uma obrigatoriedade, o PCA será o regulamento responsável por consolidar todas as contratações de bens e serviços previstas para o ano posterior e garantirá o alinhamento com o planejamento estratégico. Assim, muito embora pareça um ato burocrático, possui vantagens bastante expressivas, além de ser uma poderosa ferramenta para a construção de uma Lei Orçamentária com alto grau de eficácia.

Uma das mais destacadas vantagens para a Administração é que o planejamento possibilitará que a secretaria centralizadora do órgão reconheça as demandas semelhantes dos setores e as agrupe. Desse modo, haverá maior economicidade pela unificação do procedimento de seleção do fornecedor. (Grifos nossos)

2 NIEBUHR, Joel. *Licitação pública e contrato administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 439.

3 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 127 e 334.

4 PALUDO, Augustinho Vicente. **Administração pública**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 32.

5 NIEBUHR, Joel. *Licitação pública e contrato administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 448.

6 GOMIDE, Bárbara Hosken de Sá. O planejamento anual de contratações previsto na lei 14.133/21 e as vantagens de sua aplicação. *Zênite Fácil*, categoria Doutrina, 18 out. 2022. Disponível em: <https://zenite.blog.br/wp-content/uploads/2022/10/o-pac-e-suas-vantagens-barbaraoskensagomide.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2023.

Tatiana Camarão⁷ observa que um dos principais gargalos na elaboração do PCA diz respeito à comunicação entre os níveis estratégico, tático e operacional da organização:

É importante que a demanda incluída no PCA tenha alinhamento com o que foi considerado prioritário pela organização. Para tanto, faz-se necessário o envolvimento do nível tático, o qual será o interlocutor entre as pontas (estratégico e operacional), a fim de que esse propósito seja alcançado.

O art. 11 da Lei nº 14.133/2021 elenca os objetivos do processo licitatório, entre os quais a promoção de um ambiente íntegro e o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias, nos seguintes termos:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere **ao ciclo de vida do objeto**;

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela *governança das contratações* e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no *caput* deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações. (Grifos nossos)

Interessante novidade no inciso I do art. 11 da Lei nº 14.133/2021 é a observância quanto ao “ciclo de vida do objeto”. Considerando-se o objeto como produto, este já havia sido mencionado no art. 3º da Lei nº 12.305/2010,⁸ que institui a política nacional de resíduos sólidos e que conceituava:

Art. 3º [...]

IV - ciclo de vida do produto: série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final.

Na análise do ciclo de vida do objeto, devem ser considerados aspectos tais como: seu *modus operandi*, despesas com manutenção/atualização, obsolescência, a forma de descarte, entre outros fatores que possam influenciar diretamente sua vida útil.⁹

O inciso III estabelece a necessidade de se evitarem contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis, bem como o superfaturamento na execução contratual.

7 FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: www.forumconhecimento.com.br/livro/4367/4567. Acesso em: 15 fev. 2023.

8 BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 12.305*, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 6 mar. 2023.

9 Disponível em: www.tce.sp.gov.br/legislacao-comentada/lei-14133-1o-abril-2021/11. Acesso em: 25 jan. 2023.

O parágrafo único do art. 11 merece destaque, uma vez que define a alta administração como responsável pela governança das contratações, de modo a monitorar os processos licitatórios e as contratações. Sobre governança, Marinês Restelatto Dotti¹⁰ ensina, em sua obra dedicada ao tema, que “a boa administração é um direito da sociedade, a que corresponde um dever político e jurídico da administração pública”.

A promoção a um ambiente íntegro auxilia o administrador na prevenção de ocorrência de ilícitos e no combate à corrupção, visando assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico, bem como às leis orçamentárias. Nesse ponto, vale ressaltar o *compliance* – programa de integridade direcionado a mitigar os riscos relacionados à corrupção – como eficiente medida para evitar que empresas mal-intencionadas participem e vençam certames públicos nas esferas municipal, estadual e federal.

O art. 12 da Lei nº 14.133/2021 traz informações de ordem prática e elenca o que deverá ser observado no processo licitatório com relação a formalidades documentais, regras de apresentação de documentação obrigatória e forma de apresentação da proposta comercial, a serem observadas pelos interessados em participar das licitações.

Destaque para o inciso VII, sobre o Plano de Contratações Anual (PCA), que será elaborado a partir de documentos de formalização de demandas pelos órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo, com o objetivo de organizar/racionalizar as contratações e alinhá-las ao planejamento estratégico para subsidiar as respectivas leis orçamentárias.

Tatiana Camarão¹¹ esclarece que o PCA não é um instrumento jurídico, mas de gestão, que pode ser alterado ou redimensionado para adequar-se à necessidade do órgão. Para elaboração do PCA, a área responsável pela coleta das demandas das unidades administrativas deverá produzir uma espécie de documento-padrão para preenchimento.

O § 1º do art. 12 estabelece que o Plano de Contratações Anual (já definido no art. 6º) deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial, além de observado pelo ente federativo na realização e execução das licitações e contratações. Tem-se, nesse ponto, a relevância da transparência, auxiliando o administrador tanto no planejamento das contratações quanto na tomada de decisões.

O art. 18 do capítulo II, Lei nº 14.133/2021, define o planejamento como a principal característica da fase preparatória do processo licitatório, devendo compatibilizar-se com o Plano de Contratações Anual, com as leis orçamentárias e, conseqüentemente, com o interesse público, devendo abordar todas as questões mercadológicas e de gestão que possam interferir na contratação, tais como (I) orçamento estimado com composição de preços; (ii) regime de fornecimento de bens, prestação de serviços ou de execução de obras; (iv) modalidade de licitação, o critério de julgamento e o modo de disputa; (v) análise de riscos; (vi) motivação sobre o momento da divulgação do orçamento, observado o art. 24 da referida lei.¹²

10 DOTTI, Marinês Restelatto. *Governança nas contratações públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 39. Disponível em: www.forumconhecimento.com.br/livro/1803. Acesso em: 23 fev. 2023.

11 FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 262. Disponível em: www.forumconhecimento.com.br/livro/4367/4567. Acesso em: 23 fev. 2023.

12 O art. 24 da Lei 14.133/2021 dispõe que, desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. Segundo o inciso I do mesmo artigo, o sigilo não prevalecerá para órgãos de controle interno e externo.

O professor Marçal Justen Filho¹³ observa que o planejamento sempre envolve dificuldades decorrentes de diversos fatores, entre os quais, a dificuldade quanto ao conhecimento da realidade e em relação às projeções para o futuro. Em sua explicação sobre as etapas/fases do planejamento, ele esclarece que a primeira delas consiste na identificação das necessidades a serem satisfeitas; a segunda reside na determinação das alternativas possíveis de soluções; a terceira versa sobre a identificação dos recursos disponíveis, em termos econômicos e de pessoal; e a quarta etapa diz respeito à escolha da alternativa mais viável, tendo em vista os limites e as circunstâncias da realidade, e ainda:

Em muitos casos, o planejamento pode conduzir à conclusão da inviabilidade de a Administração conceber uma solução antecipada quanto ao modo concreto de enfrentamento das necessidades. Isso pode conduzir a atribuição ao particular da obrigação de elaborar o projeto básico e (ou) o projeto executivo.¹⁴

O parágrafo primeiro do artigo 18 dispõe acerca do estudo técnico preliminar (ETP). Logo no inciso I, há a previsão da descrição da necessidade da contratação, considerando-se “o problema a ser resolvido” sob a perspectiva do interesse público, delineados nos incisos seguintes os elementos do ETP que permitam a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação.

Dos treze incisos do art. 18, §1º, consoante o disposto no §2º, os de número I, IV, VI, VIII e XIII são obrigatórios no estudo técnico preliminar, e cabe à administração pública justificar a ausência dos demais elementos não contemplados no ETP. Segundo os incisos, *in verbis*:

I – descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público; [...] IV – estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala; [...] VI – estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação; [...] VIII – justificativas para o parcelamento ou não da contratação; [...] XIII – posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

O estudo técnico preliminar, cuja definição está no art. 6º, inciso XX, constitui a primeira etapa do planejamento da contratação com foco no interesse público e “sua melhor solução”, servindo de base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados, caso se conclua pela viabilidade da contratação. No caso da verificação da viabilidade técnica da contratação pretendida, a equipe de planejamento, com base nas informações levantadas ao longo dos estudos técnicos preliminares, declara se a contratação será viável ou não para o atendimento da demanda.

Com vistas a se evitarem surpresas indesejadas, algumas diretrizes para elaboração de estudos preliminares podem passar por análises de aquisições anteriores para identificar as inconsistências ocorridas nas fases de planejamento da contratação, como a seleção de fornecedores, recebimento e utilização de materiais e equipamentos, com a finalidade de melhor adequação à necessidade da contratação, como se demonstra a seguir:

13 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*: lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 332-335.

14 JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*, p. 332-335.



Fonte: Elaboração própria.

Concluído o estudo técnico preliminar, passa-se à elaboração do termo de referência, do anteprojeto, projeto básico ou executivo, que, conforme o caso, servirão para definir o objeto a ser licitado para atender à demanda da administração pública.

Os incisos IV e VI do § 1º do art. 18 tratam das estimativas de quantitativos e do valor da contratação, com destaque para a necessidade de que sejam acompanhadas da metodologia/memórias de cálculo, enquanto o inciso VIII versa expressamente sobre as justificativas para o parcelamento ou não da contratação. Sobre a estimativa de preços, Tatiana Camarão¹⁵ esclarece:

É consabido que a estimativa de preços assume várias funcionalidades no processo de contratação. É por meio da definição do preço que se verifica a adequação orçamentária. Para além disso, o valor levantado serve de parâmetro para o julgamento da proposta comercial vencedora.

O inciso V do § 1º do art. 18 dispõe sobre o levantamento de mercado, que, segundo estudo da Universidade Federal da Paraíba,¹⁶ podem

[...] ser analisadas aquisições similares feitas por outros órgãos e entidades, com objetivo de identificar a existência de novas metodologias, tecnologias ou inovações que melhor atendam às necessidades da Administração. Em situações específicas ou nos casos de complexidade técnica do objeto, poderá ser realizada audiência pública para coleta de contribuições a fim de definir a solução mais adequada visando preservar a relação custo-benefício. Elaborar quadro identificando as soluções de mercado (produtos, fornecedores, fabricantes etc.) que atendem aos requisitos especificados e, caso a quantidade de fornecedores seja considerada restrita, verificar se os requisitos que limitam a participação são realmente indispensáveis, de modo a avaliar a retirada ou flexibilização destes requisitos.

Um ponto de destaque da Lei nº 14.133/2021 é a previsão do § 1º, inciso X, que impõe a necessidade de a administração pública prever no ETP as providências a serem adotadas previamente à celebração do contrato, “inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual”, reafirmando a ideia de mitigação de riscos e as ações planejadas na contratação.

A Lei nº 14.133/2021 revela a importância estratégica do *compliance* para além da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e estabelece novas regras que incentivam ou determinam sua adoção. Foram especialmente quatro novas disposições a respeito do tema: (I) a obrigatoriedade de adoção de

15 FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 274. Disponível em: www.forumconhecimento.com.br/livro/4367/4567. Acesso em: 27 fev. 2023.

16 BRASIL. Ministério da Educação. Universidade Federal da Paraíba. Pró-Reitoria Administrativa. *Estudos técnicos preliminares*. Disponível em: <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/06/Estudos-T%C3%A9cnicos-Preliminares-e-Docmento-de-Formalizacao-da-Demanda-Materiais.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2023.

Programa de Integridade em até 6 (seis) meses após a celebração de contratos de grande vulto (art. 25, § 4º); (II) como critério de desempate, caso duas empresas apresentem a mesma proposta (art. 60, IV); (III) a redução da penalidade por descumprimento da norma, caso se comprove a existência de um Programa de Integridade (art. 155, § 1º, V); e (IV) reabilitação de empresas declaradas inidôneas (art. 163, parágrafo único).

O art. 40 da Lei nº 14.133/2021 dispõe acerca do planejamento de compras, que deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar alguns fatores, tais como: (i) condições de aquisição; (ii) condições de processamento por meio de registro de preços; determinação de quantidades em função do consumo e utilização prováveis; (iii) condições de guarda e armazenamento que não permitam sua deterioração; e, ainda, (iv) atendimento a princípios da padronização, de parcelamento quando for vantajoso e de responsabilidade fiscal.

Merece ainda menção o art. 174, que cria o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio oficial eletrônico que conterà, segundo o inciso III, um sistema de **planejamento e gerenciamento de contratações, incluído o cadastro de cumprimento de obrigações previsto no § 4º do art. 88. Segundo André Cantarino,**¹⁷

Essa centralidade do planejamento pode levar à tendência de que obras repentinas com interesses pontuais ou obras “aventureiras” não sejam executadas, já que toda e qualquer obra deve ser devidamente identificada e justificada e estar em consonância com a disponibilidade financeira (orçamento).

Com isso, a Administração Pública atenderá o princípio da transparência, já que em razão do planejamento realizado previamente e que deve ser seguido, será de conhecimento de todos o procedimento de tomada de decisões para a contratação e execução de obras públicas, assegurando um ambiente de maior segurança jurídica. (Grifos nossos)

Verifica-se, portanto, que a nova Lei nº 14.133/2021 trouxe instrumentos capazes de auxiliar o administrador em um planejamento consistente, alinhado aos interesses e necessidades da organização. O ETP não deve ser feito de forma automática, *pro forma*, mas sim deve refletir a necessidade da administração, alinhada ao orçamento e almejando sempre o interesse público, pois, se assim for, trará benefícios para as contratações públicas em sua etapa preliminar.

3 OBRAS PARALISADAS DEVIDO À FALTA DE PLANEJAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO

O Tribunal de Contas da União, em relatório de auditoria do ano de 2019, realizou um amplo diagnóstico sobre as obras paralisadas no país com recursos da União – Acórdão nº 1.079/2019,¹⁸ de relatoria do ministro Vital do Rêgo – e suas principais causas. Os dados fornecidos nesse julgado¹⁹ alertam para o fato de que pelo menos R\$ 144 bilhões já investidos pela União em empreendimentos se encontram paralisados.

17 CANTARINO, André. *Planejamento: a pedra de toque na nova lei de licitações*. Disponível em: <https://lageportilhojardim.com.br/blog/planejamento-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 1º fev. 2023.

18 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.079/2019. Plenário. Relator Ministro Vital do Rêgo. Data da sessão: 15/5/2019. Publicação no *DOU* de 24/5/2019.

19 Idem. Secom. Obras paralisadas no país – causas e soluções. Acórdão 1.079/2019. Processo TC 011196/2017-1. Relator Min. Vital do Rêgo. Data da sessão 15/5/2019. Publicado no *DOU* de 24/5/2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/obras-paralisadas-no-pais-causas-e-solucoes.htm>. Acesso em: 1º fev. 2023. As bases de dados analisadas foram as seguintes:

- a. Órgãos Públicos – Acompanhamento de Obras – TCU da Caixa Econômica Federal (CEF) – abril/2018;
- b. Sistema Integrado de Monitoramento Execução e Controle do Ministério da Educação (MEC) – abril/2018;
- c. Fundação Nacional de Saúde (Funasa) – abril/2018;
- d. Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) – fevereiro/2018;
- e. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) – abril/2018.

O ministro Vital do Rêgo diferencia, no referido Acórdão nº 1.079/2019, o valor executado das obras do valor relativo a prejuízos financeiros, *in verbis*:

É importante destacar que o valor já executado é diferente do valor relativo a prejuízos financeiros. Enquanto o primeiro se refere ao investimento já realizado, o segundo é de difícil mensuração, isso porque o prejuízo de cada empreendimento deve ser analisado individualmente, conforme a funcionalidade obtida em cada etapa, a necessidade de refazimento dos serviços, o risco de não conclusão da obra e o custo de oportunidade do valor já investido no empreendimento.

[...]

O valor total dos contratos paralisados soma a monta de R\$ 144 bilhões. Assim, de acordo com a análise dos bancos de dados, o valor total a ser desembolsado para concluir as obras paralisadas é da ordem de R\$ 132 bilhões, isso desconsiderando gastos adicionais de difícil mensuração, como, por exemplo, eventuais serviços que necessitarão ser refeitos.

Em estudo intitulado “Impacto econômico e social da paralisação de obras públicas” (2018),²⁰ contido no referido acórdão, Cláudio R. Frischtak reuniu obras paralisadas nos bancos de dados da Caixa, Fundo Nacional de Desenvolvimento de Educação (FNDE) e Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) e considerou o valor total de R\$ 76,7 bilhões para sua conclusão. Tal cifra, de acordo com o autor, refere-se ao informado pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, para a retomada de 7.439 obras que se encontravam paralisadas e deveriam ser finalizadas até 2018. Entretanto, devido a uma série de incertezas mencionadas no trabalho, foram definidos três valores possíveis para conclusão das referidas obras paralisadas: um limite mínimo de R\$ 39,5 bilhões, um limite máximo de R\$ 143,7 bilhões e um montante, apontado como a melhor estimativa, de R\$ 76,7 bilhões.

Outro dado que chama a atenção no acórdão, para além dos prejuízos financeiros devido à falta de planejamento por parte da administração pública, é com relação aos prejuízos sociais, haja vista que a população se vê privada do atendimento ocasionado por obras paralisadas de creches, hospitais públicos e pela falta de esgotamento sanitário. A Tabela 1,²¹ a seguir, reproduz o estudo acerca das obras de creches paralisadas e a quantidade de crianças desassistidas:

Tabela 1 – Quantidade de creches – Projeto Proinfância

Tipologia	Quantidade de obras paralisadas	Alunos em cada creche	Quantidade não atendida
MI – Escola de Educação Infantil tipo B	126	224	28.224
MI – Escola de Educação Infantil tipo C	30	120	3.600
Projeto 1 Convencional	79	376	29.704
Projeto 2 Convencional	60	188	11.280
Projeto tipo B – Bloco estrutural	6	224	1.344
Projeto tipo C – Bloco estrutural	2	120	240
Total geral	303	–	74.392

Fonte: Secom TCU. Acórdão nº 1.079/2019 – Relatoria Min. Vital do Rêgo.

No que tange ao prejuízo indireto em obras de creches financiadas pelo governo federal, Frischtak²² salienta que a Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado se reuniu, em fevereiro de 2018, para

20 FRISCHTAK, Cláudio R. Impacto econômico e social da paralisação das obras públicas, 2017. p. 51 *apud* BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.079/2019. Plenário. Relator Ministro Vital do Rêgo. Data da sessão: 15/5/2019. Publicação no *DOU* de 24/5/2019.

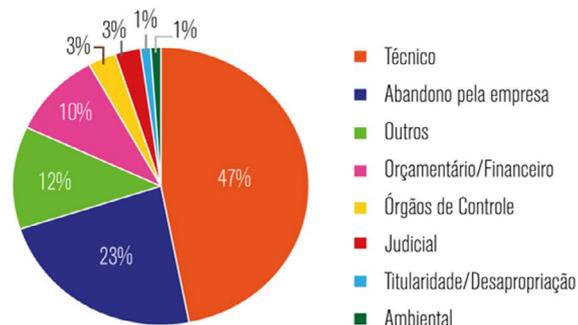
21 Conf. Tabela 11 – Quantidade de creches. *In*: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secom. Acórdão 1.079/2019. p. 17. Processo TC 011196/2017-1. Relator Min. Vital do Rêgo. Data da sessão: 15/5/2019. Publicado no *DOU* de 24/5/2019.

22 FRISCHTAK, Cláudio R. Impacto econômico e social da paralisação das obras públicas, 2017. p. 51 *apud* BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.079/2019. Plenário. Relator Ministro Vital do Rêgo. Data da sessão: 15/5/2019. Publicação no *DOU* de 24/5/2019.

discutir com autoridades e especialistas a paralisação de cerca de três mil obras de creches financiadas desde 2013 pelo governo federal, em parceria com os municípios. Com base nesse número, o impacto direto anual estimado na renda das famílias seria uma perda na ordem de R\$ 420 milhões, sendo o valor considerado num horizonte de vinte anos, a uma taxa de desconto de 6% de R\$ 4,8 bilhões.

O relatório analisa também as paralisações registradas no banco de dados do Programa de Aceleração de Crescimento (PAC) que tenham mais de um ano. A seguir, no Gráfico 1,²³ ilustram-se os principais motivos das interrupções das obras:

Gráfico 1 – Motivos das paralisações das obras constantes do banco de dados do PAC



Fonte: Secom TCU. Acórdão nº 1.079/2019. Relatoria Min. Vital do Rêgo.

A Tabela 2,²⁴ abaixo, apresenta os dados do Gráfico 1 acrescidos dos números relativos à quantidade de obras paralisadas no banco de dados do PAC, de acordo com os motivos da paralisação.

Tabela 2 – Motivos das paralisações das obras constantes do banco de dados do PAC

Motivo de paralisações	Número de obras	
	Qtd.	% relativo
Técnico	1.359	47%
Abandono pela empresa	674	23%
outros	344	12%
Orçamentário/financeiro	294	10%
Órgãos de controle	93	3%
Judicial	83	3%
Titularidade/ desapropriação	35	1%
Ambiental	32	1%
Total geral	2.914	100%

Fonte: Secom TCU. Acórdão nº 1.079/2019 – Relatoria Min. Vital do Rêgo.

O ministro Vital do Rêgo²⁵ alerta que os prejuízos decorrentes da interrupção de uma obra compreendem, além dos valores já aplicados em sua execução, outros que são de difícil mensuração, e observa:

23 Conf. Tabela 5 – Motivos das paralisações das obras constantes do banco de dados do PAC. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secom. Acórdão 1.079/2019. p. 55. Processo TC 011196/2017-1. Relator Min. Vital do Rêgo. Data da sessão: 15/5/2019. Publicado no DOU de 24/5/2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/obras-paralisadas-no-pais-causas-e-solucoes.htm>. Acesso em: 1º fev. 2023.

24 *Idem*.

25 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secom. Obras paralisadas no país – causas e soluções. Acórdão 1.079/2019. Processo TC 011196/2017-1. Relator Min. Vital do Rêgo. Data da sessão 15/5/2019. Publicado no DOU de 24/5/2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/obras-paralisadas-no-pais-causas-e-solucoes.htm>. Acesso em: 1º fev. 2023.

Uma obra não concluída no tempo certo consome os recursos nela aplicados sem gerar retorno para a sociedade, além de limitar o crescimento econômico do País, por interromper a movimentação da economia local com a restrição de empregos diretos e indiretos gerados.

Há ainda o custo associado ao desgaste das obras que permanecem por muito tempo sem execução, com suas estruturas sob a ação de intempéries. Em alguns casos, a obra não pode ser retomada sem intervenções para recuperar os estragos decorrentes do abandono, e tais medidas envolvem custos adicionais incorporados ao valor total da obra.

De acordo com as conclusões da auditoria no referido acórdão, constatou-se que a elaboração prévia de projeto executivo permitiria a realização de orçamentos realísticos e que tal lacuna perpassa elementos que precedem a elaboração do projeto propriamente dito. Essa fala do ministro pode ser traduzida em falta de planejamento e de avaliação pormenorizada dos projetos a longo prazo por parte da administração pública.

O relatório constante no Acórdão nº 1.079/2019 demonstra que, em relação ao objeto da contratação envolvendo recursos federais, houve deficiências na etapa de projeto e planejamento, já que obras praticamente não foram iniciadas por restrições de engenharia. O problema acarretou o encerramento do contrato inicial e a necessidade de recontração das obras – hoje totalmente paralisadas, envolvendo custos adicionais, como de mobilização geral e esforços administrativos dos atores envolvidos.

Destaca-se, no referido acórdão, a situação de seis obras de grande vulto que chamaram a atenção pela importância socioeconômica de que se revestem, identificados os valores já investidos e as principais causas de paralisação no Tabela 3,²⁶ a seguir:

Tabela 3 – Obras de grande vulto. Obras paralisadas no país – causas e soluções

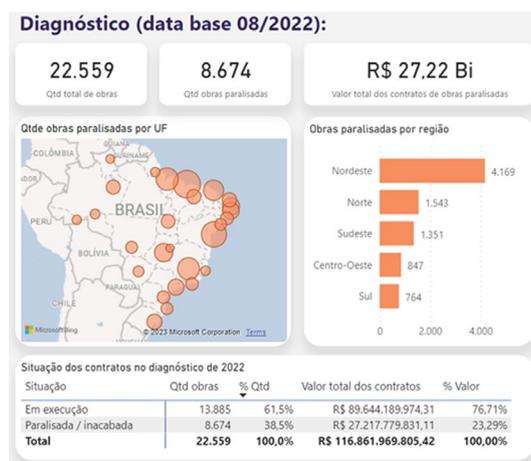
Obra	Valor já investido	Causas de paralisação
Usina Termonuclear de Angra 3	R\$6,68 bilhões (conforme relatório de julho/2018 da Eletronuclear)	Paralisada desde 2015, inicialmente pela situação financeira deficitária da Eletronuclear e a dificuldade de se conseguir aumento da margem de financiamento junto ao BNDS.
Complexo Petroquímico do estado do Rio de Janeiro (Comperj)	R\$12,5 bilhões (até fev./2015)	Paralisado desde 2015, em razão de falhas de projeto e de planejamento do negócio.
Porto de Salvador (ampliação de quebra-mar)	R\$3,2 milhões (até dez/2016)	Paralisado desde 2017, em razão do abandono da empresa, após a expedição de medida cautelar pelo TCU.
Ferrovias Norte-Sul (FNS)	R\$1,924 bilhão	Trechos paralisados desde 2018, em razão da rescisão unilateral após a paralisação dos serviços pela contratada.
Ferrovias de Integração Oeste Leste (Fiol)	R\$1,564 bilhão	Trechos paralisados desde 2017, em razão da suspensão de contratos por restrições orçamentárias.

Fonte: Secom TCU. Acórdão nº 1.079/2019, DOU de 24/5/2019.

No painel informativo a seguir (Figura 1), referente ao acompanhamento das obras paralisadas, é possível verificar a consolidação dos dados obtidos no Acórdão nº 1.079/2019 – TCU – Plenário, na data-base de 8/2022. Vejamos:

²⁶ Conf. Tabela 3 – Obras de grande vulto. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secom. Acórdão 1.079/2019. p. 52. Processo TC 011196/2017-1. Relator Min. Vital do Rêgo. Data da sessão: 15/5/2019. Publicado no DOU de 24/5/2019.

Figura 1 – Diagnóstico (data-base 08/2022)



Fonte: Tribunal de Contas da União.²⁷

Em outro estudo sobre o mesmo tema, verificando-se dados sobre obras inacabadas no site do Senado Federal,²⁸ de 30 mil contratos financiados pelo FNDE desde 2007, mais de 3,6 mil estão inacabados ou paralisados, o que equivale a 12% do total. Considerando-se apenas as 2,5 mil obras classificadas como inacabadas, o órgão desembolsou pelo menos R\$ 1,2 bilhão até 2019. Desses projetos, 352 nem sequer chegaram a começar.

O diretor de Gestão de Articulação e Projetos Educacionais do FNDE, Gabriel Vilar, participou de um debate com os senadores e alertou para a gravidade da situação, dizendo que há casos de obras que não foram iniciadas, mas cujos recursos foram pagos na totalidade.²⁹

Dos exemplos colacionados, verifica-se o quanto a falta de planejamento prejudica as licitações, que resultam em contratações equivocadas, onerosas e que trazem enorme prejuízo não só para a administração, como também para todos nós, sociedade.

A falta de planejamento no início do processo licitatório acarreta infundáveis “remendos”. Muitas vezes, em casos de obras e serviços paralisados, deve-se recontratar, refazer, promover aditivos contratuais, esmanchar o que já havia sido feito ou, até mesmo, como observado, abandonar a obra por falta de recursos financeiros. O ministro Vital do Rêgo,³⁰ em seu relatório de auditoria, por fim, alerta:

Enquanto que nos casos mais exitosos, o planejamento de longo prazo e a análise da viabilidade técnica, econômica e ambiental dos projetos foram efetuados previamente à tomada de decisão de investir, *nos casos de insucesso, a precariedade do processo de avaliação dos projetos antes da tomada de decisão ficou evidente.* (Grifos nossos)

27 Dados consolidados de contratos relacionados a obras paralisadas, conforme Acompanhamento do Acórdão 1.079/2019 – TCU – Plenário. Disponível em: www.tcu.gov.br/Paineis/Pub/?workspaceld=77067ac5-ed80-45da-a6aa-c3f3fa7388e5&reportId=23a3a08b-9617-4f7b-ba36-41eecbb17175. Acesso em: 17 mar. 2023.

28 ACCIOLY, Dante. Falta de dinheiro, falhas de projeto e omissão política geram 14 mil obras inacabadas. *Agência Senado*. Publicado em: 10/6/2022. Disponível em: www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/06/falta-de-dinheiro-falhas-de-projeto-e-omissao-politica-geram-14-mil-obras-inacabadas. Acesso em: 27 fev. 2023.

29 ACCIOLY, Dante. Falta de dinheiro, falhas de projeto e omissão política geram 14 mil obras inacabadas. *Agência Senado*. Publicado em: 10/6/2022. Disponível em: www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/06/falta-de-dinheiro-falhas-de-projeto-e-omissao-politica-geram-14-mil-obras-inacabadas. Acesso em: 27 fev. 2023.

30 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secom. Obras paralisadas no país – causas e soluções. Acórdão 1.079/2019. Processo TC 011196/2017-1. Relator Min. Vital do Rêgo. Data da sessão: 15/5/2019. Publicado no *DOU* de 24/5/2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/obras-paralisadas-no-pais-causas-e-solucoes.htm>. Acesso em: 1º fev. 2023.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O administrador deve definir previamente seus objetivos e metas, de acordo com um planejamento estratégico e orçamentário, visando absorver as normas atinentes ao planejamento na nova Lei nº 14.133/2021.

Parece óbvio, mas não é. Planejar é estudar, antever, organizar-se para o agir e alcançar aquele objetivo futuro. A ausência de planejamento na iniciativa privada pode levar à bancarrota negócios sólidos e proeminentes. Assim também deveria ser no setor público. Planejar significa antever possíveis cenários para, só então, partir para a ação.

O Brasil tem um problema com relação a planejamento, principalmente – como se verifica no recente estudo do TCU – no que concerne às licitações e contratações, resultando em obras inacabadas, pessoas desassistidas, sociedade lesada. Há que se modificar tais paradigmas.

Espera-se, com a Lei nº 14.133/2021, que trouxe em seu arcabouço diversas inovações relativas ao planejamento estratégico, que essa realidade evolua e que não haja tantos prejuízos financeiros e sociais com obras que não atingem seu objetivo final, compras que têm de ser refeitas devido à baixa qualidade de produtos, medicamentos que estragam ou faltam nas prateleiras devido à ausência de planejamento na logística de distribuição. Infelizmente, maus exemplos são infinitos na recente e remota história da administração pública brasileira.

As consequências da falta de planejamento são sentidas pela sociedade e suportadas por todos nós, administradores e administrados. Não raro, o interesse público fica em último plano, dando lugar ao interesse de poucos, que se aproveitam das falhas ocorridas em processos licitatórios mal concebidos e executados.

A nova Lei nº 14.133/2021 trouxe novas diretrizes com foco no planejamento, alertando a todos que este é fundamental. Deve-se, a partir daí, almejar a boa governança, que é direito de todos. Que ela traga, de fato, novos estândares e mais adesão dos administradores públicos na condução das licitações e contratações. Nas palavras do professor Carlos Motta,³¹ “a lei não pode evitar a corrupção, mas a sociedade, esta sim, pode eliminá-la através da participação e da vigilância.”

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Dante. Falta de dinheiro, falhas de projeto e omissão política geram 14 mil obras inacabadas. *Agência Senado*, 10 jun. 2022. Disponível em:

www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/06/falta-de-dinheiro-falhas-de-projeto-e-omissao-politica-geram-14-mil-obras-inacabadas. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. Instrução Normativa n. 1, de 10 de janeiro de 2019. Dispõe sobre Plano Anual de Contratações de bens, serviços, obras e soluções de tecnologia da informação e comunicações no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional e sobre o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações. Disponível em: www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: www.forumconhecimento.com.br/livro/4367/4567. Acesso em: 23 fev. 2023.

31 MOTTA, Carlos Pinto Coelho Motta. *Eficácia nas licitações e contratos*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 536.

BRASIL. Ministério da Educação. Universidade Federal da Paraíba. Pró-Reitoria Administrativa. *Estudos técnicos preliminares*. Disponível em: <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/06/Estudos-T%C3%A9cnicos-Preliminares-e-Documento-de-Formalizacao-da-Demanda-Materiais.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2023.

BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 12.305*, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 6 mar. 2023.

BRASIL. Presidência da República. *Lei n. 14.133*, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 6 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.079/2019. Plenário. Relator Ministro Vital do Rêgo. Data da sessão: 15/5/2019. *Diário Oficial da União*, 24 maio 2019. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/obras-paralisadas-no-pais-causas-e-solucoes.htm>. Acesso em: 1º fev. 2023.

CANTARINO, André. *Planejamento: a pedra de toque na nova lei de licitações*. Disponível em: <https://lageportilhojardim.com.br/blog/planejamento-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 1º fev. 2023.

DOTTI, Marinês Restelatto. *Governança nas contratações públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DRUCKER. Peter F. *O gestor eficaz*. Rio de Janeiro: LTC, 1990.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Disponível em: www.forumconhecimento.com.br/livro/4367/4567. Acesso em: 27 fev. 2023.

GOMIDE, Bárbara Hosken de Sá. O planejamento anual de contratações previsto na lei 14.133/21 e as vantagens de sua aplicação. *Zênite Fácil*, categoria Doutrina, 18 out. 2022. Disponível em: <https://zenite.blog.br/wp-content/uploads/2022/10/o-pac-e-suas-vantagens-barbaraoskensagomide.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

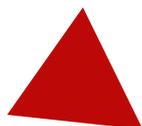
MOTTA, Carlos Pinto Coelho Motta. *Eficácia nas licitações e contratos*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

NIEBUHR, Joel. *Licitação pública e contrato administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

PALUDO, Augustinho Vicente. *Administração pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas. *Legislação comentada TCE-SP*. Disponível em: www.tce.sp.gov.br/legislacao-comentada/lei-14133-1o-abril-2021/18. Acesso em: 6 mar. 2023.

ESTRUTURA DE PRONUNCIAMENTOS PROFISSIONAIS DA INTOSAI E NÃO COISAS: Reviravoltas no embasamento da atuação do controle externo



Sebastião Helvecio Ramos de Castro

Doutor em Saúde Coletiva pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Médico-Pediatra. Bacharel em Direito. Conselheiro aposentado do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Conselheiro do Grupo de Altos Estudos do Tribunal de Contas da União. Diretor de Projetos Estratégicos do Instituto Protege.

Renata Ramos de Castro

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Evidência de Políticas Públicas pela Blavatnik School of Government da Universidade de Oxford. Especialista em Direito Público Global pela Universidad Castilla-La Mancha. MBA em Gerenciamento de Projetos pelo IBMEC-MG. Diretora de Estudos Aplicados do Instituto Protege.

Resumo: O objeto da presente investigação é detalhar o novo esquema dos pronunciamentos profissionais da Intosai, introduzidos no portal eletrônico da entidade em 23 de setembro de 2019, eliminando a sistematização por níveis e decidindo pela catalogação em Princípios, Normas e Guias. O artigo aprofunda a discussão sobre o P-50, que trata das Instituições Superiores de Controle com competência jurisdicional, e entre as conclusões infere que o modelo é mais efetivo que as controladorias porque a presença do Juiz e do Ministério Público de Contas qualifica a decisão e incrementa o Estado Democrático de Direito, em razão da independência funcional e imparcialidade das decisões, contribuindo para a essencialidade da atividade de controle externo e perenidade das instituições que a executam. Apoiados no conceito de coisas e não-coisas de Byung-Chul Han, enfatizam a necessidade de os produtos gerados no âmbito dos órgãos de controle externo terem vínculo com a sociedade. Finalmente, os autores alertam que os auditores e julgadores devem estar preparados para uma nova atividade intelectual do controle externo: aferidores das políticas públicas.

Abstract: The object of this investigation is to detail the new scheme of Intosai's professional pronouncements, introduced on the entity's electronic portal on September 23, 2019, eliminating the systematization by levels and deciding to catalog them in Principles, Norms and Guides. The article deepens the discussion on the P-50, which deals with the Superior Institutions of Control with jurisdictional competence, and among the conclusions it infers that the model is more effective than the controllerships because the presence of the judge and the Public Ministry of Accounts qualifies the decision and it increases the Democratic Rule of Law, due to the functional independence and impartiality of decisions, contributing to the essentiality of the activity of external control and perpetuity of the institutions that execute it. Supported by Byung-Chul Han's concept of things and non-things, they emphasize the need for products generated within the scope of external control bodies to have a link with society. Finally, the authors warn that auditors and judges must be prepared for a new intellectual activity of external control: measuring public policies.

Palavras-chave: Pronunciamentos Profissionais; Intosai; P-50; Estado Democrático de Direito; coisas; não coisas.

Keywords: Professional Pronouncements; Intosai; P-50; Democratic state; things; non-things.



Plataformas como Facebook ou Google são novos suseranos. Lavramos incansavelmente suas terras e produzimos dados preciosos, que eles depois devoram. Sentimo-nos livres, mesmo sendo completamente explorados, monitorados e controlados. Em um sistema que explora a liberdade, não se forma resistência. A dominação se completa no momento em que coincide com a liberdade.¹

1 INTRODUÇÃO

Vivemos tempos difíceis, nebulosos, polarizados, turbulentos e acelerados. A distopia relatada pela escritora japonesa Yoko Ogawa² em seu romance contemporâneo *A polícia da memória*³ contrasta com o nosso inebriamento de comunicação e informação determinando o desaparecimento das coisas. A situação hipotética de Ogawa também contrasta com o nosso cotidiano, em que informações, isto é, não coisas, se interpõem às coisas e as fazem desaparecer completamente.

Na ilha sem nome concebida por Ogawa, é um regime totalitário que bane as coisas e memórias da sociedade com uma polícia de memórias, enquanto atualmente é a digitalização que descoisifica e desencorpora o mundo. Há poucos dias éramos surpreendidos com a notícia de que a tecnologia do futuro seria o Metaverso e bastaram poucos dias de vivências com o Chat GPT (Generative Pre-trained Transformer) e seus congêneres tais como Copy.AI, Chatsonic da Write Sonic, Jasper.AI para que a “tecnologia do futuro fosse abandonada pela Microsoft em razão da necessidade de tempo para a maturação do projeto”.

Como nos ensina Byung-Chul Han,

Vivenciar é, em termos abstratos, consumir informação. Hoje queremos vivenciar mais do que possuir, ser mais do que ter (...). Hoje, não queremos nos vincular nem às coisas, nem às pessoas. Os vínculos são inoportunos. Eles diminuem as possibilidades de vivência, ou seja, liberdade no sentido consumista. (...) O mundo da informação não é governado pela posse, mas pelo acesso. Os laços com coisas ou lugares são substituídos pelo acesso temporário a redes e plataformas.⁴

Arremata, então, Jeremy Rifkin⁵ que a transição da posse para o acesso é uma profunda mudança de paradigma que leva a mudanças drásticas no mundo da vida. Ele previu até mesmo o surgimento de um novo tipo de ser humano. Dezoito anos após essa previsão, já constatamos em nossa sociedade esse

1 HAN, Byung-Chul. *Não coisas: reviravoltas do mundo da vida*. Petrópolis: Vozes, 2022. p. 51.

2 Yoko Ogawa é uma escritora japonesa contemporânea, nascida em 1962 na cidade de Okayama, no Japão. Ela é autora de diversos romances, contos e ensaios, e já recebeu vários prêmios literários em seu país de origem, incluindo o prestigioso Prêmio Akutagawa, considerado um dos mais importantes da literatura japonesa. Ogawa é conhecida por sua prosa poética e imagética, e muitas vezes explora temas como a solidão, a memória, a perda e a violência em suas obras. Alguns de seus livros mais conhecidos incluem “O Museu do Silêncio”, “A Casa das Palavras”, “O Pássaro Noturno”, “A Fórmula Preferida do Professor” e “A Professora de Piano”. Sua obra já foi traduzida para diversos idiomas e é bastante apreciada em todo o mundo.

3 No original: *Hisoyaka na Keshô*, traduzido para o português como “A Polícia da Memória”, obra finalista do *International Booker Prize* 2020 e do *National Book Awards* 2019, é um livro que evidencia o talento da escritora contemporânea Yoko Ogawa, sendo amplamente traduzido em vários idiomas. Neste romance, editado no Brasil pela Estação Liberdade, a autora utiliza uma prosa insólita e sensível para conduzir o leitor ao mundo das memórias perdidas. A trama se desenrola em uma ilha vigilada por uma “polícia secreta” que busca eliminar vestígios de lembranças, incluindo objetos, espécies e até mesmo famílias inteiras. As recordações das pessoas também são furtivamente apagadas, e na história, uma escritora tenta desesperadamente preservar os resquícios das histórias que ainda restam. No entanto, isso se mostra difícil diante do desaparecimento constante das coisas ao redor, e a falta de confiança até mesmo em sua própria memória. Ao acessar suas memórias, o leitor é convidado a uma jornada de recordações que gostaria de preservar, algo que se torna ainda mais relevante na atualidade, onde muitos estão criando um mundo pós-pandemia. A leitura de “A Polícia da Memória” oferece uma profunda reflexão sobre o que seria preservado da memória, caso houvesse essa possibilidade. Esta obra apresenta uma pergunta fundamental: diante da perda de memórias, o que você gostaria de preservar intacto?

4 HAN, Byung-Chul. *Não coisas: reviravoltas do mundo da vida*. Petrópolis: Vozes, 2022.

5 RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso: a transição de mercados convencionais para networks*. São Paulo: Makron Books, 2004. p. 13. O autor defende a tese de que fazer e ter propriedades serão coisas do passado. O acesso em tempo real de bens e serviços é a tendência do futuro. Para maior aprofundamento ler do mesmo autor e editora *O fim dos empregos* (1995).

novo comportamento em número ascendente. Esta é a senha para o alarme que queremos materializar: se um novo tipo de ser humano é possível a partir da prioridade do acesso sobre a posse, o que esperar do auditor tecnólogo do século XXI?

2 O CETICISMO PROFISSIONAL E OS PRONUNCIAMENTOS PROFISSIONAIS DA INTOSAI

Mais do que nunca, o ceticismo profissional do auditor deve se apoiar e ser pautado em mente questionadora e alerta para condições que possam indicar possível distorção devido a erro ou fraude e uma avaliação crítica das evidências de auditoria. Assim, a necessidade de atualização sobre as Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público (NBASP) torna-se mister para o exercício do controle externo em todas as suas fases. Nessa esteira, devemos festejar recente decisão do Tribunal de Contas da União (TCU), que, mediante a Portaria-TCU nº 196, de 27 de dezembro de 2022, formalizou a adesão do TCU às Normas Brasileiras de Auditoria no Setor Público, editadas pelo Instituto Rui Barbosa (IRB), encerrando uma discussão que se prolongou durante anos com a vigência de normas duais (NATs: Normas Técnicas do Tribunal de Contas da União e NAGs: Normas de Auditoria Governamental), sendo histórica, no sentido da convergência, a Assembleia Geral do Instituto Rui Barbosa, realizada em Belo Horizonte, no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em 9 de outubro de 2015, quando se aprovou, à unanimidade, o regulamento das NBASP, nível I.

Para se entender as razões históricas dessa dicotomia, vale a pena a leitura de excerto do artigo “A implantação das Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público”, da lavra do conselheiro Inaldo da Paixão Santos Araújo e publicado na obra *Controle externo do século XXI: homenagem a Sebastião Helvecio: conselheiro, educador e cidadão do mundo*:

Em dezembro de 2010, o TCU aprovou suas próprias normas de auditoria, denominadas Normas de Auditoria do TCU (NAT).

A partir de 2011, sob a presidência do Conselheiro Severiano Costandrade, o Instituto Rui Barbosa recomendou a adoção, pelos tribunais de contas, das Normas Brasileiras de Auditoria Governamental (NAG), que percorrem um extenso caminho ao encontro da sistematização, da especialização, e, acima de tudo, da evolução. Esses padrões estavam, à época, alinhados aos fundamentos das ISSAI, e as normas eram assim classificadas: NAG 1000 – Normas Gerais; NAG 2000 – Relativas às Entidades Fiscalizadoras (EF); NAG 3000 – Relativas aos Profissionais de Auditoria Governamental; e NAG 4000 – Relativas aos Trabalhos de Auditoria Governamental.

O fato é que esforços foram – e são – empreendidos pelo IRB para a convergência completa das normas brasileiras de auditoria aos padrões internacionais.

Assim 2014, sob o comando do Conselheiro Sebastião Helvecio, no âmbito do processo da convergência, foi implantado o Subcomitê de Normas de Auditoria do Instituto Rui Barbosa (Portaria nº 01/IRB/2014) com representantes do TCU, e dos tribunais de contas do Distrito Federal, da Bahia, de Goiás e de Minas Gerais.

O objetivo primordial desse trabalho foi a unificação das NAG e das NAT em um único documento, observando-se as diretrizes emanadas pela INTOSAI e assim surgiram as Normas Brasileiras de Auditoria do Setor Público (NBASP).⁶

6 TERRÃO, Claudio Couto; ANDRADE, Durval Ângelo (orgs.). *Controle Externo no século XXI: homenagem a Sebastião Helvecio – Conselheiro, educador e cidadão do mundo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 252-253.

Há de se celebrar, em 2020, a Resolução nº 3 do Instituto Rui Barbosa, que reorganiza as NBASPs em grupos (Princípios, Normas e Guias) e incorpora em sua estrutura as Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicáveis à Auditoria de Informação Contábil-Histórica Aplicável ao Setor Público (NBC-TASP) do Conselho Federal de Contabilidade.

Em termos cronológicos, devemos assinalar a data disruptiva da sistematização das Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores: 23 de setembro de 2019. Quem tem o hábito de visitar o sítio eletrônico da Intosai (www.issai.org) verificou de modo abrupto a implantação da nova sistematização: como em um passe de mágica, desapareceram os vigentes quatro níveis das normas e surgiram novas denominações, com acrônimos até então desconhecidos. Destacam-se os IFPP (Intosai Framework Professional Pronouncements), cujos pronunciamentos profissionais podem ser de três tipos: Princípios centrais, agora denominados de Intosai-P, contendo os princípios fundadores (Intosai Founding Principles) com os Princípios de 1 a 9 e os princípios nucleares (Intosai Core Principles) com os Princípios 10 a 99.

Em apertada síntese, vamos visitá-los:

- **Intosai - P-1:** Declaração de Lima, também conhecida por ser a Carta Magna, a Constituição de todas as Entidades Fiscalizadoras Superiores, vigente desde 1977;
- **Intosai - P-10:** Declaração do México, chamada por Declaração de Independência das Entidades Fiscalizadoras Superiores, aprovada no XIX Incosai, no México, em 2007;
- **Intosai - P-12:** Valor e Benefícios das Entidades Fiscalizadoras Superiores, fazendo a diferença na vida dos cidadãos. Aprovada em 2013;
- **Intosai - P-20:** Princípios de transparência e *accountability*. Aprovada em 2013;
- **Intosai - P-50:** Princípios da atividade jurisdicional. Aprovada em 2019.

Analisaremos a seguir o P-50, por dois motivos especiais. O primeiro: embora em minoria em relação ao modelo parlamentocêntrico, as Entidades Fiscalizadoras Superiores modelo jurisdição têm na estrutura do Ministério Público uma qualificação que não integra as controladorias ou escritórios de auditoria; e o segundo: é o momento em que a atividade ministerial é apontada em princípio da Intosai. Percorramos cada um dos doze princípios elencados no rol de princípios gerais e específicos das atividades jurisdicionais com seus pré-requisitos e marco legal:

- **Princípio 1:** *Fundamento Jurídico do Regime de Responsabilização.*
A lei define o regime de responsabilidade e sanção aplicável às pessoas responsáveis em virtude da lei ante as Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS). Esse princípio se subdivide em dois: o princípio da legalidade das imputações, sanções e execuções; e o princípio da legalidade da jurisdição das EFS para identificar e qualificar as violações e pronunciar as sanções;
- **Princípio 2:** *Independência dos membros que participam de atividades jurisdicionais.*
Os membros das Entidades Fiscalizadoras Superiores que participem das atividades jurisdicionais devem gozar de garantias legais que salvaguardem explicitamente sua independência frente às autoridades públicas;
- **Princípio 3:** *Liberdade de acesso à informação.*
As EFS devem ter faculdades ou direitos legais que garantam o acesso à informação;
- **Princípio 4:** *Prescrição.*
Uma irregularidade ou uma infração pode ser atribuída a um gestor, administrador ou funcionário público e aplicada uma penalidade somente antes de transcorrido um tempo razoável, computado desde o momento em que foi cometida ou descoberta. O princípio da prescrição, no âmbito da Intosai, é estritamente vinculado a toda instituição com competência jurisdicional;

- **Princípio 5:** *Apelação ou anulação da sentença.*
Toda sentença das Entidades Fiscalizadoras Superiores deve estar aberta para ser objetada e reconsiderada, bem como está sujeita a apelação ou anulação de acordo com a regulação nacional;
- **Princípio 6:** *Todos têm direito a um julgamento justo.*
As EFS devem garantir que as pessoas sob sua jurisdição tenham um julgamento justo garantido pelos procedimentos legais;
- **Princípio 7:** *Julgamento imparcial e tomada de decisão.*
A Intosai enfatiza que nesse princípio seja estabelecido que o julgador não tenha participado da investigação do caso em que prolatará a sentença;
- **Princípio 8:** *Eficácia das atividades jurisdicionais.*
O exercício da função jurisdicional deve manifestar-se em decisões jurídicas notificadas e executadas. A sanção da responsabilização pessoal imposta deve ser efetiva;
- **Princípio 9:** *Acumulação de sanções pela mesma irregularidade.*
Uma pessoa responsabilizada em virtude da lei não pode ser condenada pela mesma irregularidade a várias sanções da mesma natureza imposta pela Entidade Fiscalizadora Superior. Uma pessoa responsabilizada em virtude da lei só pode ser condenada pela mesma irregularidade a sanções de diferentes naturezas impostas pelas EFS e outros tribunais se a lei assim o permitir;
- **Princípio 10:** *Princípio de qualidade.*
As Entidades Fiscalizadoras Superiores devem garantir a qualidade dos procedimentos jurisdicionais mediante um controle de qualidade eficiente e sistemático;
- **Princípio 11:** *Sentença em um prazo razoável.*
As EFS devem completar o procedimento jurisdicional em prazo razoável. Uma boa diretriz é a duração proporcional à complexidade do caso;
- **Princípio 12:** *Comunicação ao público.*

As Entidades Fiscalizadoras Superiores devem garantir que as sentenças, assim como qualquer decisão judicial, sejam publicizadas, respeitando o segredo e as restrições vinculadas à confidencialidade que são legalmente obrigatórias, assim como a proteção dos dados pessoais.

Superados os princípios elencados no Intosai – P-50, o tema nos oferece um cenário para uma reflexão interessante sobre as Entidades Fiscalizadoras Superiores:

A. O que são Entidades Fiscalizadoras Superiores?

B. Existe vantagem comparativa entre modelos parlamentocêntricos e jurisdicionais?

Antes que um leitor tente encaminhar as questões ao Chat GPT na busca de uma rápida (e perfunctória) resposta, voltemos ao título deste artigo. O primeiro autor que trata da figura da não coisa é Vilém Flusser,⁷ filósofo checo-brasileiro, autodidata, que, ao fugir dos horrores do nazismo, durante a Segunda Guerra Mundial, mudou-se para São Paulo, vivendo no Brasil no período de 1940 a 1972. Ele cunhou a expressão “não coisa”, em pequeno e seminal artigo denominado “Do inobjeto”, cujo manuscrito foi encontrado nos Arquivos Flusser, na Escola Superior de Arte e Mídia de Colônia. A sua genialidade permitiu desenvolver o conceito de objetos informacionais, por ele denominados de inobjetos. O reconhecimento, porém, demorou. É possível que “Do inobjeto” tenha sido escrito nos anos 1980, mas o reconhecimento intelectual é *post-mortem* (apenas em 1991). Flusser tornou-se

7 Vilém Flusser (1920-1991) foi um filósofo e escritor checo-brasileiro, que contribuiu significativamente para a teoria da comunicação e a filosofia da tecnologia. Ele nasceu em Praga, na antiga Tchecoslováquia, e emigrou para o Brasil em 1940, onde viveu grande parte de sua vida. Flusser estudou filosofia e literatura em sua terra natal e foi treinado como fotógrafo em Viena. Sua experiência na Europa durante a Segunda Guerra Mundial e sua posterior imigração para o Brasil influenciaram profundamente seu pensamento, e ele se dedicou a explorar questões relacionadas à cultura, tecnologia, comunicação e arte em sua obra.

reconhecido internacionalmente e, o lado de Jean-François Lyotard,⁸ Jean Baudrillard⁹ e Paul Virilio,¹⁰ compõe o quarteto que mais se destacou na reflexão do impacto das novas tecnologias na cultura de modo geral. Vejamos a dicção do filósofo Vilém Flusser: “As não coisas estão atualmente invadindo nosso ambiente de todos os lados, e estão suplantando as coisas. Essas não coisas são chamadas de informação.”¹¹

Eva Batlickova, em sua obra *A época brasileira de Vilém Flusser*, revela-nos um período da vida do grande intelectual pouco conhecido dos europeus e até mesmo dos brasileiros. A obra refere-se a importante trintenário, já que Flusser chegou ao Brasil com vinte anos de idade (em 1940, após breve exílio na Inglaterra) e voltou à Europa (em 1972, inicialmente na Itália e posteriormente em 1983 a publicação em alemão da obra *A filosofia da Caixa Preta*, que o lança no mercado internacional) com 52 anos.

Em breve síntese, a fase brasileira de Vilém Flusser é caracterizada pela filosofia da linguagem, um fenomenólogo, um existencialista e certamente um precursor da pós-modernidade, com a publicação em 1963 de *Língua e realidade*, enquanto nos anos 1980 se torna o famoso teórico da mídia que inspira os estudiosos do tema até os dias atuais.

Byung-Chul Han, filósofo sul-coreano com formação germânica, é um dos autores contemporâneos que trilha esse caminho e, na sua obra *Não coisas*, leciona:

Hoje nos encontramos em uma transição da era das coisas para a era das não coisas. Não as coisas, mas as informações determinam o mundo da vida. Nós não habitamos a terra e o céu, mas o Google Earth e Cloud. O mundo está se tornando cada vez mais incompreensível, mais nublado e fantasmagórico. Nada é palpável e tangível (...). A informatização do mundo transforma as coisas em infômatos, ou seja, atores do processamento de informações (...) O infômato mais destacado é o *smartphone*. Como um aparelho de submissão, ele se assemelha ao rosário, que é tão móvel e prático como o *gadget* digital. O *like* é como o amém digital. Enquanto clicamos no botão *like*, submetemo-nos ao contexto da dominação.¹²

8 Jean-François Lyotard (1924-1998) foi um filósofo francês, conhecido por seu trabalho em filosofia pós-moderna, teoria crítica e estética. Ele nasceu em Versalhes, França, e estudou filosofia na Sorbonne e na École Normale Supérieure, em Paris. Lyotard começou sua carreira acadêmica como professor de filosofia em várias universidades francesas e trabalhou como crítico de arte e editor. Ele é mais conhecido por seu livro *A condição pós-moderna*, publicado em 1979, no qual ele argumenta que a pós-modernidade é caracterizada pela fragmentação e pluralidade do conhecimento, em contraste com a busca da verdade universal na modernidade.

Lyotard também é conhecido por suas reflexões sobre a memória, o sublime, a tecnologia e a arte, e seu trabalho influenciou significativamente a filosofia contemporânea e os estudos culturais. Entre suas outras obras importantes estão *O inumano: considerações sobre o tempo* (1988), *A diferença* (1983), *O pós-moderno explicado às crianças* (1988), *A inumanidade* (1998) e *Discurso, figura* (1971).

9 Jean Baudrillard (1929-2007) foi um filósofo francês conhecido por seu trabalho em teoria social, cultura, mídia, comunicação e tecnologia. Ele nasceu em Reims, França, e estudou sociologia na Universidade de Paris-Nanterre. Baudrillard foi um dos principais teóricos do pós-modernismo, e seu trabalho frequentemente lidava com a natureza da realidade, do simbolismo e da representação. Ele argumentou que, na sociedade contemporânea, a realidade foi substituída por simulacros – representações simbólicas que não têm uma conexão clara com a realidade – e que a mídia e a tecnologia desempenharam um papel importante nesse processo. Entre suas obras mais conhecidas, estão *Simulacros e simulação* (1981), *O sistema dos objetos* (1968), *O troco do real* (1991), *Cultura e simulacro* (1981) e *A sociedade de consumo* (1970). Baudrillard foi uma figura controversa na filosofia, e seu trabalho influenciou muitos campos, incluindo a teoria da mídia, a sociologia, a antropologia e os estudos culturais.

10 Paul Virilio (1932-2018) foi um filósofo, urbanista, arquiteto e crítico cultural francês. Ele nasceu em Paris e estudou arquitetura e urbanismo na École des Beaux-Arts. Virilio é conhecido por seu trabalho em teoria crítica, estética, tecnologia e mídia. Ele foi um dos principais teóricos do conceito de “dromologia”, a ciência da velocidade, e argumentou que a velocidade e a tecnologia estão mudando fundamentalmente a natureza da sociedade e da cultura. Ele também desenvolveu a teoria do “acidente” como uma força histórica que molda a tecnologia e a sociedade. Entre as obras mais importantes de Virilio, estão *Velocidade e política* (1977), *A inércia polar* (1990), *O espaço crítico* (1984), *Guerra e cinema* (1984), *A arte do motor* (1993) e *O bombardeio do tempo* (2012). Ele foi uma figura influente na filosofia contemporânea e seu trabalho teve um impacto significativo na teoria da mídia, na arquitetura e nos estudos culturais.

11 FLUSSER, Vilém. *Dinge und Undinge – Phenomenological Sketches*. Munique, 1993. p. 81.

12 HAN, Byung-Chul. *Não coisas: reviravoltas do mundo da vida*. Petrópolis: Vozes, 2022. p. 12.

Alicerçados nessas considerações, ousamos afirmar que os atos produzidos na ação do controle externo, especialmente auditorias e julgamentos, devem estar conectados com a ideia de coisas, isto é, na compreensão de Hannah Arendt, literalmente “coisas do mundo”, às quais se atribui a tarefa de estabilizar a vida humana. Assim, são atributos das coisas a permanência e a duração. Arendt situa a verdade entre a terra e o céu, e tal como preconiza: “A verdade poderia ser definida conceitualmente como aquilo que o ser humano não pode mudar; metaforicamente falando, é o fundamento sobre o que nos encontramos e o céu que se estende acima de nós.”¹³

Hodiernamente, algumas cortes de contas – e aqui especificamente citamos o Tribunal de Contas de Portugal – assumem como missão a busca da verdade. Verdade é facticidade. Vejamos o que consta como visão institucional na Corte de Contas de Portugal: “Promover a Verdade, a Qualidade e a Responsabilidade nas Finanças Públicas.”¹⁴

Portanto e de modo conclusivo, a mensagem que pretendemos transmitir aos membros, procuradores e servidores do controle externo é de que a auditoria, seja de qual natureza for, financeira, de conformidade ou operacional, antes de mais nada, deve ser uma coisa no sentido de Hannah Arendt, ou seja, estabilizadora da administração pública e de seu vínculo com a sociedade, pautada em credibilidade e razoabilidade, e nunca uma não coisa informação desconectada do contexto em que foi pautada.

Salgado, em magistral lição, em sua mais recente obra, *Sacra Scientia*, assevera:

Contudo, uma metafísica que considera a razão ou o pensamento como tal, em vez de focalizar o ser como tal, será sempre uma metafísica de essência, pois será uma filosofia do fundamento, da razão de ser, da forma, como mostra a Doutrina da Essência na Ciência da Lógica. A preocupação é, então, compreender o pensar na sua absoluta interioridade (como de certa forma procurou Hegel fazer na Lógica), a partir da noção de *nous (intellectus)* em Platão e Aristóteles, sem forçar uma derivação para o ser, na busca de estruturas fundamentais e principais como determinantes de todo o conhecimento enquanto conhecimento, ou seja, buscar no pensar as condições de inteligibilidade dele mesmo e de tudo o mais que possa entrar no pensamento, do ser enquanto ser na ontologia e dos seres nas demais ciências. Assim, quando o pensamento põe o ser ou o pensa, e é ele que o põe e não o ser que o põe o pensar, doa inteligibilidade ao ser, que é, desse modo, entendido como criação do ser como pensado, diferentemente do que ocorre com os seres naturais que aí estão, mas que recebem inteligibilidade do pensar. Se o pensar põe o ser, submeto-o à sua estrutura, fá-lo segundo a sua natureza.

Em suma: o ser e os seres não pensam a si mesmos; só o pensar os pensa e pensa a si mesmo.¹⁵

Essa diretriz é a baliza fundamental para o desenvolvimento das perguntas que queremos lançar, quando buscamos os achados de auditoria que são relevantes para o problema a ser estudado.

3 ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES PARLAMENTOCÊNTRICAS E JURISDICIONAIS: FUNDAMENTOS E VANTAJOSIDADE

Uma análise do quadro das chamadas SAIs (*Supreme Audit Institutions*), como a Intosai prefere identificar suas entidades associadas, permite inferir que, das 196 afiliadas, um quarto delas tem competências jurisdicionais, o que permite uma sistematização em entidades fiscalizadoras de controle externo fundamentadas no parlamento e jurisdicionais.

13 ARENDT, Hannah. Verdade e política. In: *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, [ano]. p. 424.

14 Disponível em: https://web.facebook.com/TribunaldeContasdePortugal/?_rdc=1&_rdr

15 SALGADO, Joaquim Carlos. *Sacra Scientia*: poder e liberdade de pensamento. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 16-17.

Em primeiro lugar, é interessante dedicar algumas linhas para a identificação da nomenclatura que organiza tais instituições.

Agora que o Brasil assumiu a presidência dessa prestigiosa organização, fundada em Havana, Cuba, em 1953, por 34 países com o intuito de aprimorar globalmente a auditoria pública externa, utilizaremos com maior frequência o acrônimo ISC, que se refere a Instituições Superiores de Controle, enquanto na língua espanhola prevalece a expressão Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS). Atualmente, possui 196 países-membros, colegiado mais amplo que o da própria Organização das Nações Unidas (ONU), já que mesmo países não reconhecidos têm um órgão de controle externo.

A estrutura da Intosai se fundamenta no Congresso Internacional das Instituições Superiores de Controle, realizado a cada triênio. O último ocorreu no Rio de Janeiro (XXIV INCOSAI, 7 a 11 de novembro de 2022), com dois temas para a reunião deliberativa: o trabalho das instituições superiores de controle no contexto da calamidade pública (desafios que se apresentaram aos países a partir da pandemia do coronavírus iniciada em 2020) e a voz global, resultado global e impacto de longo alcance. Ao final do evento, foi aprovado por unanimidade um documento síntese, denominado Declaração do Rio de Janeiro, que:

- concluiu que as ISC devem estar aptas para respostas a emergências a um ambiente em mudança e a riscos emergentes;
- reconheceu o potencial de promover e fortalecer ainda mais a voz global da Intosai;
- enfatizou a importância dos princípios e normas de auditoria que guiam como as ISC se posicionam em seu ecossistema de *accountability* para entregar trabalho de qualidade que agregue valor;
- afirmou os benefícios de maior colaboração entre as ISC e os órgãos da Intosai e suas partes externas interessadas; e
- aprovou o Plano Estratégico da Intosai para o período 2023-2028.

Importante assinalar que o Incosai elege o Conselho Diretivo da organização e esse dialoga com as organizações regionais de controle externo e com a Secretaria Geral, que é exercida pelo Tribunal de Contas da Áustria. O Conselho Diretivo estabelece os objetivos estratégicos da instituição, que se consolida em quatro importantes Comitês: PSC (Comitê de Normas Profissionais), CDC (Comitê de Desenvolvimento de Capacidades), KSC (Comitê de Compartilhamento de Conhecimento), PFAC (Comitê de Política, Finanças e Autenticação). O Conselho Diretivo também elenca as diretrizes de três importantes instrumentos de fortalecimento da qualidade das auditorias públicas externas: IDI (Iniciativa de Desenvolvimento da Intosai), Comitê Supervisor de Questões de Emergência e Revista Internacional de Auditoria Governamental. Registra-se que o IDI e a Revista são estruturas independentes na Intosai.

O mapa-múndi aponta para sete organizações de âmbito regional: Afrosai (1975), Arabosai (1976), Asosai (1979), Carosai (1988), Eurosai (1990), Olacefs (1963) e Pasai (1987), reunindo respectivamente países da África, Árabes, Ásia, do Caribe, Europa, América Latina e Caribe, e Pacífico. As entidades brasileiras do controle externo (Instituto Rui Barbosa e Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil) integram a Olacefs, além de alguns tribunais de contas de estados e de municípios, sendo que um dos autores do presente trabalho participou do processo de afiliação do Instituto Rui Barbosa à Olacefs, em 2014.

Superada a compreensão básica dos afiliados à Intosai e respectivas constituições, é chegada a hora de apontar rumos e benefícios das Instituições Superiores de Controle que exercem funções jurisdicionais em relação às que exercem atividades de controladoria.

Uma reflexão inicial pode estar nas guerras napoleônicas. Nos primórdios do século XIX, as potências se alinhavam ao modelo bipolar estrelado por Inglaterra e França. Os antecedentes remotos dos tribunais de contas hodiernos podem estar na Idade Média, com o Exchequer (Tesouro ou Erário, ano de 1066 na monarquia britânica, e a *Chambre des Comptes*, 1226, no reinado de Luís IX). Alguns países inspiraram a organização de seus modelos de controle externo no modelo da cidade inglesa de Westminster, fundado no poder legislativo em que atuam de modo vinculado a esse poder, enquanto outros adotaram o modelo francês inspirado nos trabalhos desenvolvidos no Palácio de D'Orsay, que assegurava à *Cour des Comptes* o poder jurisdicional.

Não é objeto do presente trabalho apresentar a digressão histórica dos tribunais de contas no Brasil. No entanto, em razão da celebração do centenário de falecimento do inesquecível Ruy Barbosa,¹⁶ vamos tecer breves considerações sobre os pais fundadores das cortes de contas brasileiras. O primeiro deles é o ministro Manuel Alves Branco, Visconde de Caravelas, que em 1845 apresentou a proposta parlamentar para a criação do Tribunal de Contas do Império do Brasil e já naquela oportunidade detalhou o modo de funcionamento da *Cour des Comptes* da França e a *Corte dei Conti* da Itália, optando pelo segundo modelo porque

O tribunal de Contas italiano opera periodicamente, todos os meses, acompanhando as operações, à medida que se realizam, pelas contas da receita e da despesa que lhe comunica o ministério das finanças. Instruem essas contas os relatórios dos inspetores de arrecadação e, quanto a despesa, os documentos dos desembolsos.¹⁷

Que visão de futuro! Em pleno período imperial e a proposta de um modelo de controle em tempo real, evidentemente sem as tecnologias que hoje estão à nossa disposição.

Innocêncio Serzedello Corrêa é certamente outro pai fundador do controle externo do Brasil. Nascido em 16 de junho de 1858, em berço humilde, trilhou o caminho do conhecimento. Assim como o grande escritor mineiro Guimarães Rosa nos ensina que Minas é muitas, Amarílis Tupiassú, em sua obra *Serzedello Corrêa, fascinador do Rei*, nos demonstra que são muitos os Serzedellos: militar, engenheiro, político, mas na essência

(...) sempre se regeu pelo sonho de igualdade, liberdade e fraternidade; na condição de militar e político foi um indômito insubmisso. Ousadia, visão humanista, estudo e coragem foram suas palavras de ordem, seus motes, conforme os nobres ideais de servir à pátria, sem medos e máscaras.¹⁸

O episódio mais famoso para os que estudam o controle externo brasileiro se deu em 1893, quando, como ministro da Fazenda e responsável pela implantação do Tribunal de Contas da União, Serzedello não se submeteu à intromissão do autoritário presidente Floriano Peixoto e, de cabeça erguida, demitiu-se do cargo, realçando uma marca indelével de sua personalidade, qual seja, não compactuar com ilegalidades, seja lá de onde viessem.

Ruy Barbosa, nascido em Salvador, em 5 de novembro de 1849, é o autor intelectual do Decreto nº 960-A, de 7 de novembro de 1890, que "(...) crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes à receita e despesa da República".

16 A data foi celebrada no VIII Congresso Internacional de Controle e Políticas Públicas, realizado pelo Instituto Rui Barbosa, em Salvador, ocorrido de 1 a 3 de março de 2023.

17 COELHO, Jurandyr. Do Tribunal de Contas como Tribunal de Justiça. *Revista do Serviço Público*, mar. 1957, p. 273.

18 TUPIASSÚ, Amarílis. *Serzedello Corrêa: fascinador do rei*. Belém: Tribunal de Contas do Estado do Pará, 2017.

Na memorável exposição de motivos, Ruy Barbosa anotou:

É, entre nós, o sistema de contabilidade orçamentária defeituoso em seu mecanismo e fraco de sua execução. O Governo Provisório reconheceu a urgência inadiável de reorganizá-lo; e a medida que venho propor-vos é a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediária à administração e legislatura, que colocando-se em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil. Só assim o orçamento, passando, em sua execução, por esse cadinho, tornar-se-á verdadeiramente essa verdade, de que se fala entre nós em vão, desde que neste país se inauguram assembleias parlamentares.¹⁹

Novamente aqui se consolida o prodígio do sábio de Haia: aponta a fragilidade da modelagem da contabilidade pública, o descaso com a execução orçamentária e o mais importante: os tribunais de contas se firmam como órgão de permeio, um algodão entre os cristais que autorizam e executam as receitas e despesas públicas, e mais ainda, como uma águia visionária, e sua aguçada percepção nos direciona para a busca da verdade. Nada mais atual, anotado há exatos 133 anos!

Inspirados nos “pais fundadores” dos tribunais de contas do Brasil, enumeramos, agora, as vantagens da competência jurisdicional em relação às controladorias na atividade de controle externo:

A) No modelo jurisdicional, há um juiz que pode ampliar e completar as conclusões e recomendações formuladas pelo auditor. A atuação de ofício do magistrado de contas é qualificação importante, porque aqui, diferentemente do ambiente judicial, não há partes. Um ponto a ser destacado é o de que as atividades de auditoria e de julgamento não se contrapõem, ao contrário, devem ser sinérgicas. Uma leitura atenta dos parágrafos 1, 2 e 3 do P-50 embasa a normativa:

(...) se reconhece no modelo de ISC jurisdicionais como as organizações que podem levar a cabo todo tipo de auditoria que uma ISC realiza, e que por adição àquelas, possui a faculdade de julgar a responsabilidade de pessoas responsáveis, em virtude da lei, em caso de irregularidades ou má gestão.

B) A função jurisdicional representa uma garantia adicional para que a gestão de recursos públicos seja rigorosa, a favor dos cidadãos e dos contribuintes. Essa perspectiva se torna efetiva quando o poder de controle se expande para a busca de responsáveis e os relatórios das ISC não constituem meros informes amplos, mas têm uma visão individualizada dos responsáveis pela gestão.

A NBASP 100, que contém os Princípios Fundamentais da Auditoria do Setor Público, desenvolvida em 2001 e revista em 2013, menciona claramente que as ISC façam a emissão de decisões jurisdicionais. Também o P-50 elenca:

A finalidade da competência jurisdicional das ISC é a proteção do correto funcionamento da gestão pública, assim como dos interesses do ente controlado, das autoridades públicas e dos cidadãos. A atividade jurisdicional tem por objetivo ressarcir, total ou parcialmente, o dano sofrido por um organismo público e ou penalizar a reponsabilidade pessoal, seja econômica ou disciplinar. Além dessa função exerce função pedagógica como indutor de boas práticas, evitando delitos ou infrações, além de função preventiva. A publicidade das decisões jurisdicionais contribui para o atendimento desse duplo objetivo.

¹⁹ Exposição de motivos de Ruy Barbosa sobre a criação do TCU, em 7 de novembro de 1890. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj4vdix_ZX-AhWHr5UCHbt-DVEQFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Frevista.tcu.gov.br%2Ffojs%2Findex.php%2FRTCU%2Farticle%2Fview%2F1113%2F1171&usq=AOvVaw13GMbzKX_geclvdbD8_cgj. Acesso em: 6 de abril de 2023.

C) A função jurisdicional é um sinal tangível da responsabilidade dos gestores e os requisitos associados com sua responsabilização.

A efetividade da função jurisdicional inspira uma cultura de responsabilização que irradia para o controle interno e engrossa as fileiras dos que lutam contra a fraude e a corrupção. Destacariamos que:

O exercício da atividade jurisdicional também cria vínculos naturais com órgãos judiciais cujos princípios, organizações e procedimentos são similares aos praticados pelas ISC. É notório na experiência brasileira o enleamento do julgamento dos responsáveis por dinheiros públicos com o Poder Judiciário e com o Ministério Público, especialmente o Ministério Público especializado, identificado com a feliz expressão Ministério Público junto ao Tribunal de Contas que incorpora qualidade às decisões colegiadas. Essas relações melhoram a efetividade da luta contra a corrupção e fortalecem a integridade institucional.

D) Uma alternativa prática ao contencioso penal. Essa talvez seja a vantagem mais visível do sistema jurisdicional. São inúmeras as estratégias e ferramentas disponíveis nas ISC para se evitar o penoso e demorado caminho do código pena. São inúmeras as situações de irregularidades nas finanças públicas ou má gestão que impõem uma correção que não é contemplada por leis do direito financeiro, mas é alcançada pelas ISC jurisdicionais, que podem inclusive impedir a prática inadequada por acordos de variados tipos, sendo no Brasil celebrados inúmeros Termos de Ajustamento de Gestão (TAG), que trazem celeridade e efetividade. É um caso concreto do controle externo contribuindo para o Estado Democrático de Direito.

E) Reforço da independência funcional: esse princípio magno das ISC se beneficia da prerrogativa da competência jurisdicional e, portanto, irradia para todos os demais propósitos da instituição. Podemos nos socorrer do excerto da Declaração de Paris, 2015, exarada à unanimidade pelas ISC fundadoras do Fórum das entidades jurisdicionais:

No exercício das suas missões, as ISC com poder jurisdicional exercem suas competências independentemente dos poderes executivos e legislativos (...) seu status jurisdicional fortalece a independência das ISC para todas suas atividades. (...) Outorgam aos cidadãos e seus representantes garantias de imparcialidade, transparência e defesa do interesse público. Como Tribunal, a ISC se protege da suspeita de interferir com os interesses das forças políticas em jogo.

F) O princípio do contraditório. Esse princípio constitucional insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB, 1988) se manifesta nas ISC com competência jurisdicional no princípio da prova. O contraditório é obrigatório em um processo julgado em ISC, pautado por padrões definidos. A prática do debate contencioso com o litigante legitima a função jurisdicional. A Declaração de Paris, com apoio de todas ISC com função jurisdicional, é clara, conforme explicitado no parágrafo 2.2 da aludida manifestação:

Os procedimentos de auditoria das ISC com poderes jurisdicionais se originam a partir de seu marco legal e contribuem de maneira efetiva a estabelecer rigorosamente os dados e a investigar exaustivamente as evidências (...). As ISC com poderes jurisdicionais devem atuar com padrões profissionais.

Nesse sentido, é absolutamente necessário que os tribunais de contas afirmem qual o embasamento legal para suas auditorias e, no caso brasileiro, reforcem o uso do Livro Azul, ou seja, as NBASP.

G) Controle de qualidade integrado, com regras de procedimento, normas profissionais e éticas. A qualidade das produções das ISC se baseia no cumprimento integral das normas de procedimento, cujos fundamentos são estabelecidos pelo Poder Legislativo, e não pela própria ISC. Essa base legal

é estritamente necessária para legitimar o trabalho de um tribunal de contas e ajuda a responder a relevante e repetida questão: quem controla o controlador? Hodiernamente, poderíamos atualizar a indagação: qual o algoritmo que controla o algoritmo?

4 CONSTRUINDO PONTES²⁰

Concluindo este artigo de atualização e destacando o sentido “da coisa à não coisa”, é necessário retomar o título escolhido para esta investigação. Os que atuam no controle externo, especialmente com o mandato constitucional de jurisdição, devem entender a simbologia da sua missão e de seu propósito. Cada produto, seja uma auditoria seja um julgamento seja uma avaliação, deve estabelecer vínculo com a sociedade, ser comprometido com a verdade e fundamentalmente respeitar a alteridade. Não mergulhar na infosfera que nos rodeia tornando-nos infomaniacos e as coisas em infômatos e abolindo o futuro como fonte de preocupação na esperança vã de que a inteligência artificial suprirá nossas necessidades; antes, pelo contrário, ela não é inteligência (inteligência significa escolher entre, isto é, *interlegere*), muito menos artificial (o comando é sempre humano).

Os seres humanos que conformam a atividade do controle externo é que delinearão o futuro dessa atividade e, como nos ensina Daniel Innerarity, devemos procurar os inimigos do futuro especialmente entre aqueles que o banalizam. É preciso a todo momento distinguir o futuro da sua aparência e para isso algumas providências são essenciais:

I - O auditor do século XXI deve estar atento ao ceticismo profissional e não se influenciar pelas não coisas, embasando seus pronunciamentos em normas e procedimentos validados internacionalmente e, no âmbito de cada país, na legislação vigente. Nenhuma norma internacional supera a legislação nacional e ou regional que rege a matéria;

II - As ISC que dispõem da competência jurisdicional em seus estatutos constitutivos, embora em menor número no cenário internacional, são mais efetivas do que as que atuam como controladorias, pois a possibilidade do mandato jurisdicional lhes confere maior independência, o que irradia maior efetividade para todas as demais decisões;

III - A competência jurisdicional com a presença do Ministério Público especializado, isto é, Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, legitima as decisões do colegiado e por similaridade induz ao trabalho em rede com outros órgãos de expressão judicial, aprimorando o sistema de julgamento, bem como estimula o trabalho cooperativo em rede, integrando os órgãos de enfrentamento à corrupção, à fraude e ao desperdício, aumentando a efetividade de suas decisões e o impacto delas perante a sociedade, destinatária principal das atividades de controle externo;

IV - Nunca a expressão latina *res publica* – “coisa pública” – esteve tão em alta. Em momento de prevalência da infosfera, em que nada se eleva, nada se aprofunda, constatamos o total abandono da verticalidade e uma banalização da horizontalidade, onde a realidade é nivelada em informações e fluxos de dados. Nesse sentido, torna-se mister a qualificação de auditorias que são “coisas”, isto é, no dizer de Hannah Arendt, contribuam para a estabilização da sociedade, com melhoria da administração pública. A liberdade, valor conceitual da filósofa, está intrinsecamente ligada à ação, ou seja, os que agem rompem com o existente e trazem algo novo, algo completamente diferente para o nosso mundo. É cidadania dialogando com a atividade do controle externo e fundamentando a essencialidade da sua atuação em prol da democracia e a perenidade institucional;

²⁰ Ao invés de conclusões, em linguagem flusseriana.

V - Nessa busca do novo – útil e relevante –, não se apequenar no domínio de técnicas e habilidades que integram o controle externo hodierno; refiramo-nos à coragem cívica de incluir ao lado das auditorias, dos julgamentos, o perfil intelectual de avaliador de políticas públicas e trilhar a vereda proposta na área de avaliação de políticas públicas, nos moldes sugeridos pela Guid 9020 da Intosai.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. Verdade e política. *In: Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1967. p. 424.
- BATLICKOVA, Eva. *A época brasileira de Vilém Flusser*. São Paulo: Annablume, 2010.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Tribunal de Contas da União: evolução histórica e administrativa*. Brasília: TCU, 2014.
- BRITTO, Cristina. *Uma breve história do controle na visão de um tribunal centenário*. Salvador: P55 Edições, 2015.
- FLUSSER, Vilém. *O universo das imagens técnicas: elogio da superficialidade*. São Paulo: Annablume, 2008.
- HAN, Byung-Chul. *Não-coisas: reviravoltas do mundo da vida*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2022.
- HAN, Byung-Chul. *Infocracia: digitalização e a crise da democracia*. Petrópolis: Vozes, 2022.
- INNERARITY, Daniel. *O futuro e seus inimigos*. Tradução Manuel Ruas. Alfragide: Teorema, 2009.
- INSTITUTO RUI BARBOSA (IRB). *Normas brasileiras de Auditoria do Setor Público (NBASP) Nível 2: princípios fundamentais de auditoria do setor público*. Belo Horizonte: IRB, 2017.
- INSTITUTO RUI BARBOSA (IRB). *Normas brasileiras de Auditoria do Setor Público (NBASP) Nível 3: requisitos mandatórios para auditorias do setor público*. Curitiba: IRB, 2019.
- INTOSAI. *Professional Standards*. Disponível em: www.intosai.org. Acesso em: 17 de fevereiro de 2023.
- INTOSAI. *The Intosai Framework of Professional Pronouncements*. Disponível em: issai.org. Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.
- NORMAS BRASILEIRAS DE AUDITORIA DO SETOR PÚBLICO. *NBASP Princípios. NBASP Normas. NBASP Orientações*. Disponível em: irbcontas.org.br. Acesso em: 19 de fevereiro de 2023.
- RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso: a Transição de Mercados Convencionais para Networks e o Nascimento de uma Nova Economia*. São Paulo: Makron Books, 2001.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *Sacra Scientia: poder e liberdade de pensamento*. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2022.
- TERRÃO, Claudio Couto; ANDRADE, Durval Ângelo (org.). *Controle Externo no século XXI: homenagem a Sebastião Helvecio – Conselheiro, educador e cidadão do mundo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- TUPIASSÚ, Amarílis. *Serzedello Corrêa: fascinador do rei*. Belém: Tribunal de Contas do Estado do Pará, 2017.



Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais

Av. Raja Gabaglia, 1315, 5º andar - Luxemburgo - Belo Horizonte - Minas Gerais - CEP 30380-435

Telefone: (31)3348-2628 - email: revistampc@mpc.mg.gov.br

Horário de atendimento ao público: 07:00 às 12:00 e 13:00 às 17:00