



# CONTROLE EM FOCO

REVISTA DO MPC-MG

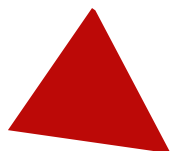
Belo Horizonte | v. 1 | n.1 | jan./jun. 2021



The image shows the cover of a magazine. The background is a grayscale photograph of a historical building facade, likely a church or government building, with ornate architectural details and a tiled roof. Overlaid on the right side of the image is a large, semi-transparent geometric shape composed of several overlapping triangles in various shades of gray. The text is positioned in the upper left quadrant, overlaid on the building image.

# **CONTROLE EM FOCO**

**REVISTA DO MPC-MG**



# FOTO DA CAPA

## **Basílica Menor de Nossa Senhora do Pilar - Ouro Preto – Minas Gerais**

A igreja foi erguida nos primeiros anos do século XVIII, em torno da capela que existia no mesmo local, sob invocação de Nossa Senhora do Pilar. Sua construção teve início pela nave, ao contrário do costume e técnica da época, que recomendavam o começo da obra pela capela mor. Isso ocorreu em razão da necessidade de se conservar a primitiva capela, para que os cultos não fossem interrompidos. Entre 1731 e 1733, quando a capela precisou ser demolida, o Santíssimo Sacramento foi transferido para a Igreja do Rosário. Em 1733, ano em que a Igreja do Pilar foi inaugurada, ocorreu a transladação do Santíssimo Sacramento, em cortejo que saiu do Rosário em direção à nova matriz. A procissão do Triunfo Eucarístico tornou-se famosa na história de Ouro Preto, tendo sido uma grande festividade, sacra e profana, do período do ouro.

A Basílica do Pilar é considerada uma das igrejas mais ricas do Brasil, tanto em termos arquitetônicos e artísticos, como em relação à incrível quantidade de ouro presente em seu interior. Foram utilizados cerca de 400kg de ouro em sua pintura interna e ornamentos.

O Pilar é a síntese de todo o poder da Igreja e notabilidade do barroco brasileiro. É um verdadeiro depoimento sobre a nossa fé e a nossa história. Abriga também o museu de Arte Sacra de Ouro Preto, que reúne imagens, documentos e algumas das vestimentas usadas na celebração do Santíssimo Sacramento. A elevação da igreja à posição de basílica ocorreu em 2012.

O ouro foi o que moveu pessoas e sonhos até Ouro Preto, hoje Patrimônio da Humanidade pela Unesco. No final do século XVII, quando o mineral dourado foi encontrado nas ranhuras daquele trecho do maciço da Serra do Espinhaço, o eixo do Brasil, que à época se formava, mudou. Começou uma intensa imigração portuguesa para o Brasil. A população oficial da colônia saltou de 300 mil pessoas para 3 milhões durante o Ciclo do Ouro. Cerca de 800 mil portugueses teriam deixado o Velho Continente. E aqui na colônia não foi diferente – milhares de pessoas saíram do Nordeste em busca do eldorado brasileiro. Em 1730, Vila Rica de Ouro Preto era a maior cidade da América Latina, com seus 40 mil habitantes. Tinha o dobro da população de Nova Iorque, nos EUA, e cinco vezes mais do que São Paulo, com 8 mil moradores. Foi a mineração que fez com que a capital brasileira fosse alterada: saiu Salvador e entrou o Rio de Janeiro, devido à proximidade das minas de ouro. Durante as primeiras sete décadas do século XVIII, a extração do mineral no Brasil Colônia foi igual à produção do restante da América em mais de quatro séculos e representou metade de todo o ouro produzido no mundo entre os séculos XVI e XVIII. E Ouro Preto estava no centro de tudo isso.

Em Ouro Preto, onde todo dia é histórico e onde a história desse país ganhou novo rumo, conviveram riqueza e miséria, glória e dor, escravidão e ideais de liberdade, contrastes estes que nos deixaram legados na arquitetura, na arte, na ciência e no pensamento e que mantêm vivo o incansável espírito de luta dessa cidade por dias melhores.





# 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  
Maria Coeli Simões Pires  
Marilda de Paula Silveira  
Sebastião Helvecio Ramos de Castro

## FICHA CATALOGRÁFICA

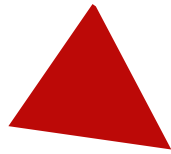
Controle em Foco: Revista do MPC-MG.

Ano 1, n. 1 (jan-jun. 2021). Belo Horizonte: Ministério Público de Contas de Minas Gerais, 2021.

Periodicidade semestral (2021).

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: faleconosco@mpc.mg.gov.br  
Horário de atendimento ao público: 07:00 às 12:00 e 13:00 às 17:00



# EDITORIAL

É com muita honra e alegria que apresentamos aos profissionais do controle externo e à comunidade acadêmica a 1ª edição da revista **Controle em Foco**, o periódico semestral do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais (MPC/MG).

A revista foi criada por meio da Resolução MPC/MG nº 17, de 29 de outubro de 2020, editada pelo Colégio de Procuradores, e se insere no projeto da atual gestão de promover uma arena de produção e divulgação de conhecimento relacionado às atividades ministeriais e à multidisciplinaridade atinente ao controle da administração pública, abrangendo temáticas das áreas de Direito Público, Filosofia do Direito, Teoria Geral do Direito, Ciência Política, Sociologia Jurídica, Administração Pública, Contabilidade Pública e Ciências Econômicas.

A revista está estruturada em três partes. A primeira, denominada “Artigos de Opinião”, é composta de artigos escritos pelos procuradores do MPC/MG, em que são retratadas situações práticas, considerações sobre casos relevantes e teses desenvolvidas no exercício das funções especializadas do *Parquet* de Contas.

Já a segunda seção, “Artigos de Jurisprudência Comentada”, destina-se à contribuição de autores renomados no sentido de realizar uma análise técnica acerca de julgamentos relevantes envolvendo temas afetos ao controle e cuja interpretação – controversa ou consolidada – seja útil para o deslinde das questões enfrentadas no âmbito do controle externo.

A terceira seção foi reservada aos “Artigos Científicos”, selecionados pela Comissão Editorial entre os artigos recebidos em virtude do edital de chamamento destinado a toda a comunidade acadêmica e profissional, nacional e estrangeira, abordando-se temas de relevo e da ordem do dia do Direito Público.

Para esta 1ª edição, temos a honra de publicar, ainda, a transcrição da *live* realizada em 4 de setembro de 2020 pela Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON), por ocasião de seu 35º aniversário de existência. O evento, que teve como tema “O contexto republicano e o Ministério Público de Contas”, foi conduzido pelo então presidente da associação, procurador Stephenson Oliveira Viter (MPC/PA), e contou com a participação irretocável do ministro Carlos Ayres Britto, que muito tem contribuído com a construção do Ministério Público brasileiro.

Vivemos tempos de muitos desafios, notadamente em decorrência da pandemia da Covid-19, mas buscamos, de forma permanente e com muita perseverança, descortinar oportunidades que as dificuldades nos oferecem para crescer. É com esse propósito que inauguramos a revista **Controle em Foco** do MPC/MG, esperando que 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!

Elke Andrade Soares de Moura  
Procuradora-Geral do MPC/MG

Cristina Andrade Melo  
Subprocuradora-Geral do MPC/MG  
Editora da revista Controle em Foco



# CORPO EDITORIAL

## **EDITORA**

Cristina Andrade Melo

## **COMISSÃO EDITORIAL**

Ana Carolina de Souza e Silva

Rodrigo Gatti Silva

## **REVISÃO**

Lilian Aparecida Lima de Oliveira

## **COLABORADORES**

André Augusto Costa Zocrato

André Luiz de Oliveira Junior

Bruna Gontijo Pellegrino

Lívia Maria Barbosa Salgado

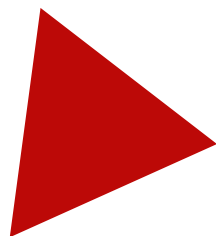
Gio Fernandes

## **DESIGNER**

Vivian de Paula

## **IMPRESSÃO E ACABAMENTO**

Avohai Eventos LTDA- ME



# SUMÁRIO

DEGRAVAÇÃO DA LIVE AMPCON 35 ANOS | **PÁGINA 9**

## **ARTIGOS DE OPINIÃO**

**Cristina Andrade Melo**

A rejeição das contas e suas consequências no âmbito eleitoral | **PÁGINA 31**

**Daniel de Carvalho Guimarães**

O STF e a prescrição da pretensão ressarcitória do TCE/MG | **PÁGINA 36**

**Elke Andrade Soares de Moura**

A (Im)prescindibilidade da autonomia plena do Ministério Público de Contas para a efetividade normativa da constituição | **PÁGINA 41**

**Marcilio Barenco Correa de Mello**

Da legitimidade do Ministério Público de Contas na atuação funcional como custos societatis e custos iures | **PÁGINA 46**

**Maria Cecília Borges**

Dever de prestação de contas: análise de caso à luz do interesse público estratégico estatal | **PÁGINA 55**

**Sara Meinberg Schmidt de Andrade**

Das disponibilidades de caixa dos fundos de previdência dos regimes próprios de previdência social | **PÁGINA 60**

## **ARTIGOS DE JURISPRUDÊNCIA**

**Jair Eduardo Santana** | O controle dos suprimentos governamentais pelo Tribunal de Contas: uma análise da denúncia nº 1.066.682, do TCE/MG | **PÁGINA 67**

**Tatiana Camarão** | Implementação de programas de integridade na esfera pública: uma análise do acórdão nº 1.905/2017, do Tribunal de Contas da União | **PÁGINA 73**

## **ARTIGOS CIENTÍFICOS**

**Camila Vasquez Gomes** | A nova lei de licitações e o instituto do diálogo competitivo: uma análise preliminar | **PÁGINA 81**

**Lucas Marcelo Costa Aguiar** | A aplicabilidade do art. 28 da lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB) ao dever de ressarcimento ao erário | **PÁGINA 94**

**Luís Carlos Balbino Gambogi** | **Maura Bartolozzi Ferreira** | **Patrícia Helena**

**Gambogi Boson** | Compras sustentáveis: um desafio a ser encarado com inovação | **PÁGINA 119**

**Nuno Cunha Rodrigues** | A cooperação internacional no âmbito das políticas de concorrência dos PALOP | **PÁGINA 131**

**Tania García López** | La integración de la variable ambiental en las políticas de recuperación post-pandemia | **PÁGINA 146**



# Degração da Live AMPCON 35 anos

O contexto republicano e o  
Ministério Público de Contas



## [Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]

Muito boa noite a todos. Hoje, 04 de setembro de 2020, nós temos a honra de estar comemorando 35 anos de história da nossa querida Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON). Foi lá, nos idos de 1985, que foi criada a primeira comissão que, depois, diante de articulações que foram necessárias, ajustes, idas e vindas, culminou com a fundação da Associação em 1991 para 1992, tendo sido eleita a sua primeira diretoria. Nós, inclusive, teríamos aqui agora a cerimônia de outorga da medalha do mérito institucional da AMPCON à Presidente que compôs a primeira diretoria da AMPCON, no mandato de 1992 até 1994. Porém, a Dra. Rosa Inês Pedrossian Bastos, procuradora aposentada do Ministério Público de Contas do Mato Grosso do Sul, encontra-se acometida de um problema de saúde e não será possível fazer a entrega a ela neste momento. A medalha foi outorgada por decisão da diretoria da AMPCON e vem acompanhada de um certificado, que com muito orgulho assinamos, e ela simboliza o mérito máximo da Associação Nacional do Ministério Público de Contas. Não por outro motivo, o nosso convidado de honra dessa live já recebeu, já foi outorgado com essa mesma comenda no início dos anos 2000. E essa comenda, de 2018 para cá, passou a se denominar Medalha do Mérito Institucional Antônio Maria Filgueiras Cavalcante, justamente em homenagem àquele que àquela ocasião era nosso decano nacional, procurador do Ministério Público de Contas do Estado do Pará, Presidente da Associação por dois mandatos, em 1997, 1998, 1999 e 2000, e que nos deixou precocemente em 2017. Então, desde 2018, a nossa comenda maior tem o nome do saudoso Antônio Maria Filgueiras Cavalcante. Eu também não posso deixar de mencionar, até por uma questão afetiva, que, naquela primeira diretoria, de 1992 a 1994, em nome de quem homenagearemos a Dra. Rosa Inês, sua Presidente, mas que, naquela diretoria, também tínhamos a presença de dois procuradores que compunham aqui o quadro do Ministério Público de Contas do Estado do Pará, de onde sou oriundo, que eram justamente o Dr. José Otávio Dias Mescouto, como Vice-Presidente da Associação, e o Dr. Pedro Rosário Crispino, como Primeiro-Tesoureiro da Associação. Então, é uma honra muito grande para nós conceder essa comenda, e em momento oportuno nós estaremos fazendo a entrega da mesma. Mas a nossa live de hoje vem justamente para comemorar esses 35 anos de trajetória, trajetória de luta, trajetória de muita adversidade, de muitas situações que por vezes fizeram os nossos antecessores e os pioneiros pensarem até mesmo em desistir. Mas não sucumbiram, a resiliência foi muito maior. E esses pioneiros, que fizeram esse papel inicial de pavimentar esta via por onde hoje transitamos, têm todo o nosso respeito. E mostrando que a Associação sempre foi pioneira, sempre foi à frente de seu tempo, eu posso nominar aqui, tanto do passado quanto do presente, as nossas grandes guerreiras, mulheres, que estiveram à frente dessa luta institucional, dessa luta associativa, desde o seu início. Quero citar a nossa homenageada, a Dra. Rosa Inês Pedrossian Bastos, Procuradora do Ministério Público de Contas do Mato Grosso do Sul, que será homenageada, a Dra. Elisabeth Massoud Salame, que é procuradora, foi uma das nossas pioneiras, mas ainda está na ativa, e é procuradora do Ministério Público de Contas dos Municípios do Estado do Pará, ex-diretora da AMPCON também, a Dra. Claudia Fernanda de Oliveira Pereira, que é procuradora do Ministério Público de Contas do Distrito Federal, também uma de nossas pioneiras, um pouco mais jovem, na carreira há pouco menos tempo, mas com grandes serviços prestados, vice-Presidente duas vezes da Associação, Presidente da nossa entidade parceira, o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Contas (CNPGC). Quero ainda nominar a Dra. Evelyn Freire, procuradora do Ministério Público de Contas do Estado do Amazonas, que foi Presidente da Associação no biênio 2011-2012, e quero também fazer referência à Dra. Germana Galvão Laureano, que é nossa atual Presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Contas (CNPGC), como eu disse, entidade parceira. E obviamente que eu não poderia deixar jamais de mencionar aquela que é a nossa decana nacional, aquela que foi diretora da Associação por diversos mandatos, e que sempre esteve ao lado da Associação, ainda que sem exercer qualquer cargo executivo em sua diretoria: a nossa querida Eliana Maria Lapenda de Moraes Guerra, procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Pernambuco e decana, como eu disse, nacional, que está na atividade há quase 43 (quarenta e três) anos, prestando relevantes serviços ao Estado de Pernambuco e ao Brasil. Então, com esse histórico, com essa homenagem e com





essa lembrança de nossas pioneiras, de nossas grandes guerreiras – que fizeram com que a carreira do Ministério Público de Contas estivesse no patamar em que está hoje, e que a Associação Nacional do Ministério Público de Contas também fosse a entidade forte, sólida, que é hoje, guardiã dos direitos, das prerrogativas dos procuradores de contas – é que tenho a honra, a grande honra, de anunciar que, para este evento cujo tema central é o contexto republicano e o Ministério Público de Contas, temos aqui a presença de ninguém menos que o nosso Ministro emérito do Supremo Tribunal Federal: Carlos Ayres Britto. O Ministro Ayres Britto é alguém que dispensa qualquer apresentação. Porém, eu vou usar aqui, Ministro, da economicidade processual para tentar desfiar aqui algumas das mais relevantes atividades e funções que Vossa Excelência exerceu em sua vida. A advocacia, até mesmo participando da Ordem dos Advogados do Brasil, advocacia para a qual o Sr. voltou após aposentar-se do Supremo Tribunal Federal, e tem hoje seguramente um dos escritórios de maior confiabilidade, um dos escritórios mais sólidos do Brasil. O Sr. também esteve no magistério. Aliás, nunca deixou de estar no magistério; quem já foi no magistério está no magistério para sempre. O Sr. tem vasta produção doutrinária, exerceu diversos cargos públicos no Estado de Sergipe, teve também larga produção, além da produção doutrinária na área jurídica, larga produção também no campo da literatura, como poeta que Vossa Excelência é. E, obviamente que fazendo justiça à sua condição, Vossa Excelência conquistou uma cadeira na Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Então, é uma formação holística, uma formação completa, que nos deixa muito envaidecidos de tê-lo aqui conosco. E, talvez, o motivo principal Ministro, que demonstre essa conjugação de desígnios, essa conjugação de caminhos por esse mundo, é que, além da função, do cargo que Vossa Excelência exerceu, que é de todos conhecido e por todos enaltecido, de Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro de visão humanista, Ministro de conhecimento amplo do Direito, Ministro de conhecimento sistêmico da própria existência humana, e das relações que se fazem no meio jurídico, e que acabam de alguma forma chegando à Suprema Corte para a solução desses conflitos. Então, Vossa Excelência, além dessa, digamos, indiscutível atuação no Supremo Tribunal Federal, de onde Vossa Excelência também foi Presidente, e alguns aqui certamente não sabem, que, em seu riquíssimo currículo, Vossa Excelência também ostenta, com muito orgulho para nós, o fato de ter sido procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas de Sergipe, ali do final da década de 70-78 até o início da década de 90, período esse que fez com que Vossa Excelência visse de alguma forma a criação da nossa AMPCON, que surgiu ali nos seus primórdios em 1985 e foi ganhando corpo, e que também tivesse tido a oportunidade de vivenciar a mudança constitucional, essa que Vossa Excelência depois de algum tempo exerceu a guarda com, talvez, a maestria maior, a condição primaz de toda a sua carreira. Então, Ministro, seja muito bem-vindo. É pra nós, todos, da carreira do Ministério Público de Contas, do Brasil, não só associados à AMPCON, pois este evento é um evento que interessa não só aos procuradores, mas também interessa a todos os operadores, não só do controle externo, mas operadores do direito e operadores das relações humanas, das relações sociais, porque é isso que Vossa Excelência é, um grande pensador, uma pessoa que, realmente, além da notoriedade, da capacidade, da bagagem, Vossa Excelência tem essa condição de fazer esse elo com a própria existência humana daqueles que buscam o direito para a solução de seus conflitos. Então, seja muito bem-vindo. Vossa Excelência tem a palavra. E, na medida em que nosso papo, que vai ser descontraído tenho certeza, for tendo seguimento, eu vou trazendo aqui para Vossa Excelência algumas indagações, algumas questões, para que nós possamos pontuar aqui o nosso debate. A palavra está com Vossa Excelência, Ministro.

#### **[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Presidente Victor, Stephenson, muito obrigado por essa apresentação tão carinhosa, generosa, honrosa pra mim. É até emocionante me saber assim tão, digamos, não digo merecedor desse juízo afirmativo a meu respeito, mas merecer de Vossa Excelência esse tratamento tão obsequioso, tão gentil, tão aberto, e eu sei também que sincero, mesmo eu não fazendo jus, em rigor, em plenitude, a esse conceito tão generoso de sua parte a meu respeito. Eu também compareço a esse encontro nosso com toda a honra, todo o gosto, toda a alegria, e, na medida do possível, descontração também, para conversarmos todos sobre esse momento delicado da vida do país e até do planeta, de todo o mundo, portanto. Essa crise

multitudinária que nos absorve, se não atemoriza, pelo menos nos preocupa inusitadamente por um modo muito acentuado, até pelo número tão acentuado de contaminações e de mortes. O índice de letalidade tem sido alto, dessa COVID-19. Estamos imersos todos numa crise, particularmente no Brasil, multitudinária, tão séria quanto multitudinária, porquanto prolongada e econômica, sanitária antes de tudo, e, sequencialmente, econômica, política, social. Preocupando também por escancarar esse estado brasileiro de profunda desigualdade social. É uma crise que nos escancara esse paradoxo, vamos dizer, ignominioso, desonroso para todos nós, esse monumental calcanhar de Aquiles, que é constatar a coexistência de um país objetivamente rico e de um povo objetivamente pobre. O povo do Brasil é pobre, porque, quando escrutinado pelo Índice de Desenvolvimento Humano, pelo IDH, o país é muito mal ranqueado, vai lá pra octogésimo lugar ou coisa que o valha. E o país quando ranqueado por critérios econômicos se sai bem, figura entre as sete maiores, as oito maiores, nove maiores economias do mundo. Portanto, é um paradoxo acabrunhante pra todos nós, mostrando que o nosso grande desafio e a prioridade das prioridades, até à luz da Constituição, é esse encurtamento de distâncias sociais. E eu não perco oportunidade, Presidente, nessa saudação que também faço a Vossa Excelência, e a seus pares de diretoria, da AMPCON portanto, e a todos que nos ouvem e veem, eu não tenho perdido oportunidade para falar dessa crise buscando um, digamos, um critério objetivo de análise, de diagnóstico, e também de prognose, e também de tentativa de superação. Nessa parte introdutória da minha fala eu me permito dizer isso. Eu procuro esse critério na Constituição. Eu acredito que essa Constituição, de 1988 – que versa o tema central do Ministério Público, e, no âmbito dele, do Ministério Público de Contas, junto aos Tribunais de Contas, portanto – eu não perco a oportunidade pra dizer que essa Constituição é critério de análise de tudo, e perspectiva de superação de qualquer das crises, ainda que assim cumulativamente, pelo fato de que antes de tudo é uma Constituição democrática, foi elaborada democraticamente, e fez da Democracia, esse regime de virtudes incomparáveis, fez da Democracia o princípio dos princípios dela, Constituição, fez da Democracia o valor continente, o princípio continente, de que tudo mais é conteúdo, de que todos os institutos jurídicos, objetivamente, e todas as instituições jurídicas, organicamente, são conteúdo. Basta lembrar a República, a Federação, a soberania popular, a cidadania, tudo é conteúdo desse continente de nome Democracia. É uma Constituição que tem, portanto, o maior dos méritos, que é fazer da Democracia a menina dos olhos dela, dela mesma Constituição. Numa linguagem bíblica, o cântico dos cânticos, o princípio dos princípios constitucionais. E isso desde o preâmbulo, da Constituição mesmo, volto a dizer. Ali está dito, no preâmbulo, que o supremo objetivo da Assembleia Nacional Constituinte foi instituir um Estado Democrático. Mas, claro, um Estado Democrático também com sua destinação: realizar os direitos, na linguagem e na ordem do preâmbulo, os direitos sociais e individuais e seis “valores” que o preâmbulo qualifica de supremos, literalmente, para a implantação de uma sociedade pluralista, fraterna, sem preconceitos. E é a melhor das sociedades, a mais intrinsecamente meritória, ou virtuosa, porque esse tipo de sociedade, pluralista, fraterna e sem preconceitos, é mais do que uma mecânica ou contingencial sociedade, aglomerado de pessoas humanas. É mais do que isso. É uma intimista, uma orgânica, uma afetiva sociedade. Isso está dito no preâmbulo. E o preâmbulo está para as Constituições assim como as ementas estão para as leis. Toda lei tem uma ementa, uma sinopse, uma síntese, um resumo do que de mais importante nela se contém. O preâmbulo também é um anúncio, um aviso, uma sinopse, o preâmbulo da Constituição de 1988, do que nela filosoficamente, humanisticamente, civilizadamente, culturalmente, de mais importante se contém. E quando a Constituição inicia, pelo artigo primeiro logicamente, o seu corpo de dispositivos, confirma – está dito ali no artigo primeiro, cabeça – que a República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal dos Municípios se constitui em Estado Democrático de Direito. Então não perco oportunidade para exaltar a qualidade insuperável, intrínseca, dessa nossa Constituição, a partir da constatação de que ela foi elaborada democraticamente e que nunca se debateu socialmente tanto uma Constituição quanto essa e que ela fez da democracia o seu princípio por excelência. Com o nome de Estado Democrático de Direito, literalmente na cabeça do artigo primeiro, e com o nome, por implicitude, por logicidade, de Estado de Direito Democrático no artigo terceiro. E a Constituição se deu a esse didatismo até de dizer,



no artigo primeiro, que os fundamentos desse Estado Democrático de Direito eram cinco. Ou seja, o Estado Democrático de Direito é uma espécie de estrela no plano dos fundamentos, uma estrela de cinco pontas, e daí vem a enumeração: 1 – soberania popular, 2 – cidadania, 3 – dignidade da pessoa humana, 4 – valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, 5 – pluralismo político. Já no artigo terceiro, a Constituição lista os objetivos fundamentais dessa mesma República Federativa como espécie de pontos de cardeais, os quatro pontos cardeais do Estado de Direito Democrático ali no artigo terceiro, que são, todos sabem: 1 – construir uma sociedade livre, justa e solidária; 2 – garantir o desenvolvimento nacional; 3 – erradicar a pobreza e a marginalização e encurtar distâncias tanto sociais quanto regionais; 4 – promover o bem de todos sem preconceitos, de sexo, de idade, de raça, de cor, de origem social, de origem também geográfica e quaisquer outras formas de discriminação. Uma Constituição que, exatamente por ser republicana e federativa, prima republicanamente pela desconcentração do poder político, desconcentração da autoridade política, desconcentração do poder e das instâncias públicas, e federativamente pela descentralização do poder político, descentralização personalizada: União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Republicanamente, desconcentração orgânica a partir dos três Poderes, do Executivo do Legislativo e do Judiciário, desconcentração de autoridade ou de poder que prossegue no âmbito de cada um dos Poderes. O Legislativo atua em Congresso Nacional numa só mesa, as duas Casas Legislativas funcionando em conjunto, com poderes próprios desse conjunto, do Congresso, depois Câmara dos Deputados e Senado Federal, cada qual com suas competências, cada qual no seu quadrado normativo. Depois vem o Poder Executivo, com seus Ministérios notadamente, e no âmbito do Poder Executivo mesmo, ainda temos o Banco Central e demais entidades da Administração Indireta, a desconcentração da autoridade. E no âmbito do Judiciário basta lembrar que temos quatro instâncias judicantes para julgamento dos processos de feição subjetiva. Temos 27 Tribunais de Justiça, cinco Tribunais Federais, quatro Tribunais Superiores, um Supremo Tribunal Federal, isto é, quanta desconcentração da autoridade, na perspectiva orgânica ou institucional, despersonalizadamente. E nessa pegada da desconcentração da autoridade, do poder estatal, ainda temos, notadamente, o Ministério Público, no âmbito da União, dos Estados e até de alguns Municípios, e ainda mais o Ministério Público de Contas no âmbito dos Tribunais de Contas, como expressão de desconcentração de autoridade republicanamente falando, um Ministério Público especial, peculiar, que não pertence a nenhum Tribunal de Contas, pertence à sociedade civil como um todo, e que mantém um vínculo jurídico diretamente, seja com a pessoa da União, seja com a pessoa de cada Estado-membro, conforme a natureza do Ministério Público, seja com os Municípios que ainda tem o Conselho de Contas. Então, introdutoriamente, eu já estou dando conta desse vínculo entre Estado Republicano e Ministério Público de Contas, o Ministério Público de Contas como expressão dessa característica republicana da desconcentração da autoridade. Eu fico com essa introdução, que já se faz alongada, peço desculpas por isso, e eu fico à disposição de Vossa Excelência e de seus pares para o prometido debate.

#### **[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Ministro, verdadeira aula que Vossa Excelência nos deu, de organização, do aspecto institucional do Estado. E obviamente que para nós que somos do Ministério Público de Contas, o aspecto institucional da carreira, do órgão, é pra nós muito caro e muitas vezes percebemos que há uma certa incompreensão no alcance que a própria Constituição deu a essa instituição a partir da sua redação de 1988. Obviamente que o artigo 130 traz expressivas garantias de âmbito subjetivo para os procuradores, na medida em que ela traz a estes aquelas mesmas que são outorgadas para o Ministério Comum ou de Justiça. Porém, em uma visão sistêmica, e é isso que quero saber de Vossa Excelência, nós acreditamos que não há uma possibilidade de ser ter garantias subjetivas sem que haja a garantia institucional objetiva por trás dessas garantias subjetivas. Ou seja, não há possibilidade de se ter plena independência funcional, poder requisitório, poder apuratório, os meios necessários para a efetiva atuação dos membros e do Ministério Público enquanto instituição se não evoluirmos para um modelo em que essa instituição venha sim a ter ao menos a autorização interpretativa do Supremo Tribunal Federal de que a Constituição

não veda essa autonomia. Eu lembro a Vossa Excelência, Vossa Excelência não fazia parte ainda do Supremo Tribunal Federal lá nos idos de 1994, mas V. Ex. é sabedor que o precedente da ADI 789 do DF, em que aquela autora questionava a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União porque naquele diploma se dispunha sobre o Ministério Público que atua junto àquela corte, o dispositivo era impugnado em razão de ser uma lei ordinária, e por não ser de iniciativa do Procurador-Geral da República à época, que seria quem teria a iniciativa para tratar do Ministério Público da União. Porém, o Supremo, àquela altura, entendeu que não se estava a tratar ali do Ministério Público da União, mas de um Ministério Público Especial, como Vossa Excelência acabou de dizer, e que por conta disso não havia nenhum óbice a que esse Ministério Público estivesse, como estava na Lei Orgânica do TCU, dentro da estrutura organizacional, da estrutura administrativa do Tribunal de Contas da União, sem que isso importasse em qualquer mitigação objetiva, do ponto de vista normativo, da independência funcional daqueles membros. Recentemente, Ministro, o Ministro – também emérito da Corte, e acredito que Vossa Excelência ainda esteja em atividade ao lado dele, o Min Carlos Veloso – chegou a emitir um parecer nos autos da ADI que trata da autonomia do Estado do Pará, e, nesse parecer, ele fez o que ele próprio chamou de um “mea culpa”, porque ele disse, àquela assentada em 1994, que o Supremo efetivamente não estava a decidir sobre a situação e natureza do Ministério Público de Contas de todo o Brasil dentro de um princípio federativo, no âmbito do autogoverno das demais unidades federadas, estava ali a decidir é que aquela que tratava da estrutura do Tribunal de Contas da União, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, não feria a Constituição enquanto aquele Ministério Público que ali estava normatizado não era do Ministério Público da União, mas isso não significava que os demais Estados ou numa conformação do próprio TCU, eventual, pudessem conceder essa autonomia aos seus órgãos ministeriais, até porque depois passou-se a ter uma interpretação ao longo do tempo de que havia necessidade de se observar uma simetria com a estrutura do TCU, relativa ao Ministério Público de Contas, quando essa estrutura não advinha diretamente da Constituição. Ou seja, não se estava tratando ali de uma simetria constitucional, mas de uma simetria infraconstitucional, uma simetria legal, outorgada pela Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Então, o que nós da carreira do Ministério Público de Contas, e a AMPCON, viemos tentando desnudar, do ponto de vista da argumentação lógico-sistemática da Constituição, é de que, ainda que não esteja lá expresso em nenhum dispositivo, que o Ministério Público que atua junto aos Tribunais de Contas, o Ministério Público de Contas, detenha a autonomia orçamentária, administrativa e financeira que o Ministério Público Comum de Justiça detém, por dispositivo expresso na Constituição, mas isso também não lhe é vedado. Ou seja, numa conformação da iniciativa da unidade federada, da própria União, isso pode muito bem avançar nesse sentido sem que isso fira a Constituição em sua essência. Ou seja, com isso, nós teríamos a possibilidade de ter já, de imediato, essa declaração, digamos assim, obviamente que não é só uma questão doutrinária, isso passa pela superior consideração do plenário do Supremo, mas já poderíamos avançar no sentido de ter realmente uma instituição com feição própria, que poderia, dependendo da realidade de cada unidade federativa, da realidade da União, vir a atingir esse nível de autonomia, ou total, ou até parcial, porque até isso nós costumamos defender, a existência de uma instituição que não é efetivamente reconhecida como tal do ponto de vista objetivo, o que gera um elo perdido na República, uma instituição que não tem ordenador, um instituição que não está jurisdicionada ao próprio controle externo, ao próprio Tribunal de Contas. Então, assim, na medida em que a todo bônus corresponde um ônus, nós temos a convicção e a certeza de que a autonomia também nos trará essa situação de sermos ordenadores de despesa, de prestarmos contas da nossa gestão, e isso obviamente que é fruto ou a evolução de uma instituição, assim como o Ministério Público galgou na Constituição de 88, o Ministério Público geral. Acreditamos que seja um caminho viável para também o Ministério Público de Contas. E tudo isso que falo, Ministro, é no sentido de mostrar o quão necessário é essa garantia, por trás daquela que o Supremo já chancelou e é consagrada na jurisprudência do Supremo ao longo do tempo, da nossa independência constitucional. Ou seja, sempre que o Supremo não reconheceu a autonomia administrativa, financeira e orçamentária do Ministério Público de Contas, ao mesmo tempo ele sempre reforçou a existência, isso sim, de nossa independência funcional. E essa independência funcional passa pelo poder requisitório,





pela possibilidade de atuação livre, inclusive independente das próprias Cortes, em relação às quais o Ministério Público de Contas atua. Isso não quer dizer nenhuma situação de conflito entre Ministério Público de Contas e Tribunal de Contas. Muito pelo contrário, significa, ao nosso sentir, uma atuação independente, de instâncias independentes, que se perfectibilizam do ponto de vista do próprio princípio, que muitas vezes se tem ainda como de certa maneira frágil, do devido processo legal dentro das próprias Cortes de Contas, dentro do próprio processo de contas, da jurisdição de contas. Ou seja, o Ministério Público de Contas independente, e paralelamente também, ao nosso ver, como a auditoria, aquela que instrui os processos, independente, para que se se tenha ao final a possibilidade de um julgamento, aí sim, diante do poder de judicatura que têm os Conselheiros, os Ministros, mas diante de peças independentes que virão a esse julgamento produzidas tanto pela auditoria independente quanto pelo Ministério Público de Contas efetivamente independente, resguardado por sua autonomia administrativa e financeira. Isso, Ministro, trago para sua reflexão. Nós, obviamente que Brasil afora, estamos ansiosos por saber o seu entendimento, seu pensamento sobre esse tema, mas é algo que sabemos que não é uma discussão recente, é uma discussão longa, e sabemos, também, que a decisão não é tão simples, mas que é preciso evoluir, precisamos ver aí um norte, uma luz, para que tenhamos essa necessária evolução do ponto de vista institucional do Ministério Público de Contas. Repasso novamente a palavra a Vossa Excelência, porque já estou até me alongando muito, mas como é um assunto que é muito pujante do ponto de vista da nossa atuação associativa, ele nos empolga e obviamente que a gente acaba indo um pouquinho além na argumentação, mas a palavra está com Vossa Excelência.

#### **[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Olha, Presidente, nós sabemos, por estudo, por vocação, por experiência, que as coisas do direito positivo são sutis, as figuras de direito como gênero, instituições e institutos jurídicos como espécies desse gênero, ou seja, as figuras de direito positivo, ora são institutos objetivamente, ora são instituições organicamente. Nós sabemos que tudo no direito é sutil, exige um olhar agudo, uma capacidade de distinguir bem ali onde o olhar do leigo não percebe distinção nenhuma. Eu falei ainda há pouco da República Federativa do Brasil, a República a postular, no âmbito do próprio Poder Público, uma desconcentração da autoridade, despersonalizada, não operada essa desconcentração pelo fenômeno da personalização jurídica das instâncias respectivas, destinatárias do poder, e da Federação como um formato personalizado de descentralização desse mesmo poder estatal. Falamos há pouco. Isso é preciso saber distinguir. Há uma distinção também que passa despercebida ao olho analítico do leigo, que é entre tempo, isso mais genericamente, fora até mesmo do mundo do direito, mas também fazendo parte do mundo do direito, há uma dicotomia entre tempo individual e tempo coletivo, tempo individual e tempo histórico. O tempo histórico é o tempo da coletividade; o tempo individual é de cada um de nós, cada uma das pessoas naturais, das pessoas biopsíquicas. 32 anos de Constituição, esse marco dos 32 anos agora no dia cinco de outubro. Esse marco, na perspectiva do tempo individual é alongado, é distendido. Na perspectiva do tempo histórico, do tempo da coletividade, ainda é muito curto. Basta lembrar que a Constituição norte-americana é de 1787, olha que distância no tempo da nossa. A nossa Constituição, além do mais, é peculiarmente principiológica, muito rica, é exuberantemente, copiosamente principiológica. Eu falei, ainda há pouco, de uma estrela de cinco pontas, cinco fundamentos no artigo primeiro, de quatro pontos cardeais, quatro objetivos fundamentais. O artigo segundo fala da separação dos poderes, o artigo 37 fala de cinco princípios explícitos, o artigo quarto fala de dez princípios explícitos. O artigo 170 de nove princípios explícitos. Uma Constituição principal, como diria Canotilho, principiológica, nós dizemos aqui no Brasil assim, e materialmente expandida como nenhuma outra Constituição. É praticamente impossível um tema da vida, intrinsecamente relevante, tema que diga respeito à necessidade de o indivíduo se sentir centralizado, realizado e que diga respeito à coesão social, ao ponto de unidade de toda coletividade, é praticamente impossível um tema assim relevante por definição, objetivamente relevante, que não seja matricialmente constitucional. Acontece que essa Constituição enlaça funcionalmente, imbrica funcionalmente, seus princípios, seus

subprincípios e suas regras. Para entender a Constituição, é preciso na parte e no todo. Ler cada dispositivo nas linhas e entrelinhas, ler cada dispositivo e, principalmente, cada princípio e subprincípio no texto e no contexto. Então, a apropriação cognitiva da Constituição nessa perspectiva sistêmica, holística, peculiar ao direito, a apropriação cognitiva é processual, é de certa forma lenta, se faz gradualmente, por aproximações sucessivas. É preciso abrir os poros da mentalidade jurídica e o intelecto do operador jurídico, do estudioso do Direito brasileiro. Democracia não vence por nocaute. República não se implanta por nocaute em sua plenitude; diga-se o mesmo da Federação. Então, processualmente nós estamos no âmbito, portanto, desse tempo coletivo, que é mais alongado, tempo histórico, nós estamos nos apropriando cientificamente, cognitivamente da Constituição, e descobrindo coisas antes insuspeitadas. Bem, aí nós percebemos que a Constituição cuidou do Ministério Público em geral, tradicional, comum, exercendo a função essencial à jurisdição, regrado por modo focado, centrado, detido, sistêmico, ali a partir do artigo 127 da Constituição mesma. Nós percebemos que o Ministério Público brasileiro foi normado peculiarmente. O Ministério Público Federal mantém com a União uma linha direta, sem passar por nenhum dos três poderes. O Ministério Público do Estado, a mesma coisa com os Estados-Membros, uma linha direta. O Ministério Público do Distrito Federal, uma linha direta, sem passar pela mediação de nenhum dos poderes do Estado. O mesmo foi feito com os Tribunais de Contas. O Tribunal de Contas da União é órgão da União, seu vínculo jurídico é diretamente com a pessoa jurídica da União, sem a mediação, sem a intermediação, sem o meio de campo de nenhum dos três poderes da República, nenhum. Diga-se o mesmo do Ministério Público do Distrito Federal, diga-se o mesmo do Ministério Público de cada Estado. Muito bem. Que fez a Constituição? Disse que esse Ministério Público geral, que existia, está lá no artigo 127, para cumprir três destinações. A defesa da ordem jurídica, ou seja, de todo o direito positivo, de todo o ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição. É o Ministério Público, antes de tudo, como um *custos iuris*, mais do que *custos legis* simplesmente, e um Ministério Público com competências compatíveis com essa dignidade teleológica, caracterizado por princípios da unidade – eu vou ler aqui no §1º os princípios institucionais – da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, e, no §2º, ao Ministério Público é assegurada a autonomia funcional, administrativa, etc., etc., inclusive com poder de iniciativa de lei, lei monotemática, de interesse dele mesmo, exclusivamente, Ministério Público. E que disse a Constituição? Que haveria, no âmbito dos Tribunais de Contas, também um Ministério Público. *Mutatis mutandis*, sob esse mesmo formato, sob esse molde normativo, sob essas características normativas matricialmente constitucionais, apenas *mutatis mutandis*. E quando usou da linguagem, ali no art. 130 citado, Presidente, por Vossa Excelência, aos membros dos Ministérios Públicos junto aos Tribunais de Contas, não dentro, junto, ao lado, aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e formas de investidura. Direitos, aí, não pode ser subinterpretado. É um substantivo que não pode ser significado estritamente ou restritivamente. Direitos, aí, compreendendo direitos subjetivos substantivos, direitos subjetivos adjetivos e prerrogativas institucionais, prerrogativas também subjetivas e institucionais. O substantivo “direitos” aqui tem que ser interpretado mais à solta, mais à larga, assim como as vedações. São direitos e vedações especialíssimos do Ministério Público. São sobredireitos e são sobrevedações. E o tempo vai nos ajudar a fugir da subinterpretação atual. Essa Constituição vai avançando, vai se tornando realidade concreta. Como diria o Ministro Marco Aurélio, a outro propósito, vai se tornando corpo vivo, ela vai ganhando musculatura, bíceps já na minha linguagem, à medida que o tempo passa e que nossas coordenadas mentais se abrem. O tempo ainda não foi suficiente para a gente entender a grandeza desse artigo 130, o real objetivo emancipatório desse artigo 130 em relação ao Ministério Público de Contas. Não se trata apenas de reconhecer que a lei não proíbe a autonomia. A autonomia já foi deferida, outorgada, conferida pela própria Constituição diretamente, autonomia funcional, autonomia técnica, autonomia administrativa, independência política. Não existe um Ministério Público de smoking e um Ministério Público de mangas de camisa, de camiseta, de bermuda, de sandálias havaianas. É um só Ministério Público nessa dignidade funcional, agora especializado funcionalmente. Um para a prestação jurisdicional do Estado em sentido genérico; o outro para assegurar a prestação jurisdicional de contas e, portanto, em sentido monotemático ou específico. Mas não há porque distinguir os dois Ministérios



Públicos. Não se trata de a lei poder reconhecer a autonomia. Não está proibida de reconhecer a autonomia, funcional e administrativa. Não! A lei não pode deixar de reconhecer essa autonomia porque ela defluiu, ela se desata da Constituição Federal. O desafio é buscar o regime jurídico diretamente constitucional do Ministério Público de Contas. A ideia de Ministério Público debaixo de subalternidade hierárquica e de caráter meramente administrativo é equivocada. O regime é constitucional e a Constituição é o mais anatômico dos documentos jurídicos, é o mais político dos documentos jurídicos, porque ela é referente a toda a polis, e é o mais anatômico dos documentos jurídicos porque é estruturante do Estado e da Sociedade Civil. E o Estado brasileiro foi estruturado assim, com essa densa anatomia, incorporando Ministério Público em geral e o Ministério Público de Contas. Está aqui na Constituição. Me parece pobreza interpretativa não atinar com esse significado mais abrangente da Constituição Federal. Porém, eu não crucifico ninguém. É uma questão de tempo. À medida que a gente vai abrindo a própria mente, o novo vai encontrando esse espaço vago, vem e preenche. Pessoas que evoluem são pessoas de mentalidade aberta, e essa abertura de mentes para entender a grandeza da Constituição, inclusive nesse tema, do Ministério Público em geral e do Ministério Público de Contas em especial, isso virá com o tempo. Essa abertura mais dia menos dia se dará. Eu apenas lembro para terminar, Presidente, que quando eu oficiava no Supremo, tive a oportunidade de ver um Ministro, dois Ministros, aqui, ali: “olha, os Tribunais de Contas são órgão meramente administrativos, meramente auxiliares do Poder Legislativo, são subalternos, olha aqui o que a Constituição diz, que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será feito com o auxílio. Então, é um mero auxílio do TCU, o plano institucional e funcional do TCU é uma mera auxiliabilidade”. Aí eu dizia: “não senhores, não, não pode haver controle externo a cargo do Congresso sem o auxílio, ou seja, sem a participação, sem o coexercício do TCU e, por defluência, dos outros Tribunais de Contas”. A mesma coisa a Constituição diz, no artigo 76, que o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, a mesma coisa, auxiliado pelos Ministros de Estado. Qual é a interpretação correta? Não pode haver exercício do Poder Executivo Federal pelo Presidente da República sem o auxílio dos Ministros de Estado. Então os Ministros de Estado são co-exercentes do Poder Executivo Federal. Assim como nação é mais do que Estado, e Estado é mais do que Governo, Governo é mais do que Presidente da República. O rei não é maior do que o reino. A mesma coisa quando a Constituição diz no artigo 5º, parágrafo primeiro, que os direitos e garantias contidos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime por ela adotado, que é o democrático, dos princípios, todos, e dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte. Dos direitos aí, direitos e prerrogativas. Não se pode aí, o substantivo “direito”, não pode ser subinterpretado. Essa Constituição tem sido vítima de subinterpretações. Então, nós mostramos ali, em diversas oportunidades, que a Constituição é como o rei Midas, confere o status de politicidade a todo instituto, a toda instituição a que se refere. É o mais político de todos os documentos jurídicos, exatamente porque tudo o que ela diz é referente à polis por inteiro. É a lei das leis, *lex legum*. É a única lei que não tem número. Todas as leis têm número, menos essa, porque é número único. O que nela se contém deve ser interpretado com tecnicidade apurada, apuradíssimo. Portanto, nesse contexto mais amplo, eu não tenho dúvida de que o tempo virá para abrir cabeças, inteligências, entendimentos e inserir o Ministério Público de Contas, no âmbito dos Tribunais de Contas, sim, *mutatis mutandis*, com a mesma dignidade institucional diretamente constitucional do Ministério Público especial. A ideia de Ministério Público é incompatível com a ideia de subalternidade, de dependência, de hierarquia, ele por baixo e outra instituição por cima. Bem, é como penso.

#### **[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Ministro, não poderia ter sido mais alvissareiro pra nós as palavras que Vossa Excelência acabou de proferir, porque elas vêm realmente ao encontro do nosso pensamento, de que a Constituição já nos outorga essa autonomia, ainda que isso não esteja com a expressão exata como é a deferida ao Ministério Público em relação ao Ministério Público de Contas. Mas como Vossa Excelência muito bem disse, nós estamos lá no capítulo do Ministério Público, na Constituição, e os direitos não podem ser lidos de uma forma restritiva, mitigada.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Isso! Restritivista, reducionista. Olha, me permita lhe dizer, Presidente, ainda ...

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

Pois não.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

O que se tem chamado de ativismo por parte do Supremo, a meu juízo como característica central, não é ativismo naquele sentido de interpretação judicante para além da normatividade dos textos interpretados, porque se o intérprete, se o aplicador do direito, mesmo que seja o Supremo, desentranha do texto angulações normativas que já não estejam no texto, ou isoladamente ou em bloco, ou na totalidade do sistema jurídico-constitucional, se ele desata angulações normativas que já não se encontram ali, ele usurpa a função dos outros poderes. Ele se torna a fonte direta do direito, e ele não é fonte direta do direito. Ele não cria norma geral, impessoal e abstrata como característica central. Isso se ativismo é transbordamento interpretativo. Mas se há uma proibição de ir além da normatividade dos textos interpretados, há o dever de não ficar aquém. E o dever de não ficar aquém é fuga da subinterpretação, isso é proatividade interpretativa, é se dar ao respeito profissionalmente, é exaurir o potencial normativo do texto interpretado. O texto, uma vez editado pelo legislador, se emancipa dele, se autonomiza, ganha vida própria, se torna dono de seu próprio nariz e passa a dialogar com o sujeito cognoscente, e até com o tempo processualmente considerado. Isso é ciência do Direito. Então, o tempo vai nos ajudar a colocar os pontos constitucionais nos “is”, os devidos pontos constitucionais nos “is”.

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

Muito bem, Ministro, muito alvissareiro. E, de fato, o que nós temos percebido, obviamente que sabemos que esse tempo é necessário, já é uma trajetória longa que temos aí nessa batalha interpretativa, desde a assentada do Supremo na ADI 789, de 1994, e nós sabemos que muitas vezes a própria independência funcional acaba tendo, em algum momento, algum risco diante de interpretações de que ela só seria possível se houvesse a autonomia administrativa, orçamentária e financeira. Ou seja, muito bem aquilo que Vossa Excelência falou: não se pode restringir a interpretação da Constituição no sentido de que ela não outorgaria ao Ministério Público de Contas aquela mesma condição institucional do Ministério Público ...

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Já conferiu, já conferiu!

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

Já confere, não é?

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Já confere!

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

... e muito menos entender que a independência funcional só é possível se houver autonomia administrativa, orçamentária e financeiro. Porque senão ficamos diante de um problema sem solução. Ao mesmo tempo, ainda não se defere expressamente a autonomia, mas se garante a independência. E chega-se ao ponto de, em algum momento, questionar a independência pela ausência da autonomia. Então, é um problema circular.



### **[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Não é circular, é uma petição de princípio, é um truísmo. Presidente, olha, Presidente, Paulo Freire uma vez disse que o sonho do oprimido não é se tornar um opressor do opressor. Eu vou repetir: o sonho do oprimido não é se tornar um opressor do opressor, é se juntar aos seus antigos opressores para engrossar a fileira deles contra os seus antigos companheiros de opressão, as vítimas da opressão. Os Tribunais de Contas estão fazendo com o Ministério Público de Contas o que os Tribunais, à antiga, faziam dele, consideravam os Tribunais de Contas órgãos meramente administrativos. Os Tribunais chamavam os processos de contas de processos administrativos. Não! São processos de contas. Há conselheiros que não são do Conselho Nacional do Ministério Público e não são do Conselho Nacional de Justiça, são conselheiros de contas. Há procuradores que são de contas. Há Ministério Público que é de contas. Há ministros que não são judiciários, não são do Poder Executivo, são ministros de contas. Com o tempo, nós fomos nos emancipando mentalmente para entender essas coisas. Agora, volto a Paulo Freire. O sonho do opressor não é se tornar um opressor do opressor, é engrossar a fileira dos opressores, como um novo opressor. No Brasil, os nossos defeitos de fabricação, inclusive no plano institucional, da burocracia, da concentração da autoridade, da centralização do poder, os nossos defeitos de fabricação no plano do autoritarismo são defeitos coloniais, antiquíssimos. Ser emancipado mental, no Brasil, é ser descolonizado mental. Ninguém consegue ser emancipado mental se antes não se descolonizar mentalmente. Essa colonização mental é uma nuvem, uma fumaça, uma cortina, um véu sobre o olhar dos intérpretes do direito, não raro. Uma vez, Presidente, Nietzsche disse que a função principal, fundamental, atualizando a linguagem dele, estratégica, sustentável, da educação é uma só: ensinar a ver. Vamos atualizar a linguagem de novo: ensinar a ver como? Objetivamente, equidistantemente, esfericamente, por todos os ângulos, sistemicamente, desassombadamente, fundamentadamente, atualizadamente. É isso ensinar a ver. É o nosso desafio, abrir as coordenadas da mente, fugir da colonização mental, tirar essa venda do nosso olhar interpretativo, e aí a gente descobre que maravilha é essa Constituição aqui ao nosso dispor, inclusive em matéria de Tribunais de Contas e de Ministério Público, tanto geral ou comum, o tradicional, quanto especial ou específico de contas. Quem nos proíbe de porfiar, de insistir nessa descolonização, quem nos proíbe de uma apropriação cognitiva aberta, atualizada da Constituição? É o desafio, Presidente, de cada um de nós. Não estou aqui crucificando ninguém, falando mal de ninguém. Eu estou dizendo que essa distinção entre tempo individual e tempo coletivo, entre outras coisas, serve pra isso, pra mostrar ... e volto pra Democracia como menina dos olhos da Constituição ou princípio continente, Democracia, inclusive, republicana e federativamente não vence por nocaute, demanda tempo.

### **[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

E aí, Ministro, o que a gente tem percebido é que esse tempo, já agora levando em consideração o momento atual que vivemos, o transcurso dessa pandemia, dessa crise de saúde sem limites, isso acabou gerando, de certa forma, uma corrida àquilo que faríamos com mais vagar, com mais ... talvez com uma sistematização ortodoxa da nossa atividade. De repente, a partir de março deste ano, nós passamos a visualizar uma situação de aparente confronto, eu digo aparente por nosso sentir, e não acredito que haja realmente esse confronto, mas talvez uma ausência de entendimento da função ... que é exercida pelo controle no caso. Mas o que eu quero me referir é que, durante a pandemia, muito daquilo que fazíamos no dia a dia de controle externo, e aí me refiro de maneira mais ampla aos próprios Tribunais de Contas, não só relativamente à atuação específica do Ministério Público de Contas, mas tudo aquilo que fazíamos durante todo um exercício na análise das contas públicas, na análise dos processos de contas ali, isso tudo passou a ser um trabalho, digamos, não menos importante, mas um trabalho ordinário que ficaria ali naquela gaveta do que pode esperar um pouquinho. E, ao menos tempo, passamos a ter a contratações, compras emergenciais de insumos para saúde, construção de hospitais de campanha e aquisição de equipamentos para fazer frente ao atendimento de urgência da pandemia, respiradores e tal, e passamos a ver exemplos Brasil a fora de situações muito complicadas

de malversação, de má utilização, a pretexto da urgência, da emergência da situação, e isso fez com que o controle tivesse que agir, e efetivamente tem agido, e isso aqui não falo somente em nome do Ministério Público de Contas, acredito que seja uma atuação muito importante nossa, do Ministério Público de Contas, mas que ela vai efetivamente provocar, motivar a atuação do próprio Tribunal de Contas. Ou seja, na medida em que chega até o procurador uma denúncia, uma notícia de fato e esse procurador instaura um procedimento apuratório e ali reconhece a prática, ou pelo menos o indício da prática de infração à norma legal das finanças públicas, da regularidade fiscal, ele tem por dever apresentar aquela representação, aquela peça fundamentada ao Tribunal de Contas para que este exerça a sua jurisdição. E o que a gente tem percebido é que essa atuação proativa, essa atuação de apuração mínima, que se trata, inclusive, de algo que faz com que a atuação do Ministério Público de Contas seja uma atuação mais responsável, não seja uma atuação que possa beirar à leviandade, à medida que recebe uma notícia de fato, uma denúncia e já representa imediatamente ao Tribunal, não. O Ministério Público de Contas tem o zelo, o hábito. E a proceduralidade do Ministério Público de Contas é sempre avaliar de maneira sistêmica se aquilo realmente representa um indício, e obviamente que pra conseguir-se chegar nessa avaliação o Ministério Público de Contas conta com o seu poder requisitório, de solicitar, requerer, utilizando o próprio vocabulário “requisitar” a informação da gestão pública, do administrador público, pra que ele possa, sim, muitas vezes até, se convencer de que ali não há uma irregularidade, e até pedir o arquivamento daquele procedimento. Então, o que nós temos percebido, e estou fazendo esse contexto, é que a própria circunstância, nossa situação atual de crise e de aparente polaridade, entre o gestor público, que também, sabemos, tem sua urgência, pressão em dar respostas ao aceleração ou ao avanço, melhor dizendo, da pandemia, da contaminação, da utilização excessiva dos recursos da saúde, mas ao mesmo tempo percebemos também, paralelamente, que, a pretexto de se fazer esse enfrentamento, muitas condutas têm sido questionáveis, muitas condutas não têm sido adotadas na medida somente do enfrentamento. Parece que os colegas Brasil afora têm encontrado situações que merecem a apuração e merecem posteriormente a atuação forte e firme dos Tribunais de Contas, quando não da própria Justiça, quando se trata de um ilícito cível ou um ilícito criminal, em que possa inclusive ser encaminhada uma representação ao Ministério Público do Estado, ao Ministério Público Federal, pra que então se acione a Justiça.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Olha. Olha, Presidente ...

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

Pois não.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Para não perder a oportunidade, à medida que o Senhor vai falando, o meu olho mental vai correndo pelos dispositivos da Constituição.

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

Perfeito.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

A Constituição diz, no artigo 127, quais as destinações do Ministério Público. E nós sabemos que essas destinações são três, as mais eminentes. Olha, o Ministério Público é instituição permanente, ou seja, chega a ser uma cláusula pétrea, porque o que é permanente é pétreo. As cláusulas pétreas, ali no artigo 60, §4º, umas são explícitas, outras são implícitas. Por exemplo, a Democracia, que é o princípio dos princípios, não está explicitada como cláusula pétrea no §4º do artigo 60, apenas alguns dos conteúdos da Democracia, como o voto direto, secreto, universal e periódico, direitos e garantias individuais, alguns

dos conteúdos é que estão ali. Mas uma instituição voltada para a defesa da Democracia só pode ser cláusula pétrea, porque se for varrida do mapa, a Democracia resta substancialmente prejudicada. É uma dessubstancialização da Democracia perder uma instituição de sua defesa específica como o Ministério Público. Está aqui, o Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. E aí vêm as competências do Ministério Público, a partir do 129, a serviço dessas finalidades. Mutatis mutandis, é o que acontece. As competências do Ministério Público de Contas são para adaptar o art. 129 à judicatura de contas, às funções específicas dos Tribunais de Contas, ali no artigo ... listadas, grafadas, ali nos artigos 70, 71 da Constituição. Vou ler aqui. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração Direta e Indireta, quanto à legalidade, e não é só quanto à legalidade, legitimidade, olha, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias de receitas, enfim ... tudo será exercida pelo Congresso Nacional mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada Poder. E aí vem que o controle externo, já no artigo 71, a cargo do Congresso Nacional, será exercido, ou seja, não poderá ser exercido senão que com o auxílio do Tribunal de Contas da União. E o que eu quero dizer com isso? Que as competências dos Ministérios Públicos de Contas, conforme a escala, o patamar, a dimensão, enfim ... ou o espectro federativo, são, mutatis mutandis, aquelas afeiçoadas às finalidades dos Tribunais de Contas respectivos e na perspectiva dessas três finalidades do artigo 127. Dentre elas, e aí vem o que mais interessa, dentre elas, regime democrático, defesa da ordem jurídica ... mas a Constituição não ficou nisso, disse, e eu estava dizendo, Presidente, que uma característica operacional, operativa, funcional, objetiva dessa nossa Constituição é entrelaçar funcionalmente princípios, subprincípios e regras. E aqui diz: incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e dos sociais todos, dos interesses coletivos todos. Quando nós vamos para o artigo 37, cabeça, se puder acompanhar bem atentamente, olha, artigo 37, cabeça. O que está dito ali? Que toda a Administração Pública, evidentemente sob fiscalização das instituições de contas, dos Ministérios Públicos de Contas, quanto àquelas dimensões, da fiscalização operacional, orçamentária, financeira, patrimonial, do artigo 70 ... Sob todos esses ângulos, o que está dito ali? Que a Administração Pública Direta e Indireta, numa norma panrepublicana, de todos os poderes, norma panrepublicana, e de todas as pessoas federadas, norma panfederativa, olha o alcance desse artigo 37, a Administração Pública Direta e Indireta obedecerá a cinco princípios explícitos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Eu venho dizendo que os princípios se inter-referem funcionalmente, só podem ser interpretados um em função do outro. Cada princípio tem seu significado de per si, mas a plenitude, o seu ganho de funcionalidade somente será total com a inter-referência normativa, funcional. Um feedback interpretativo, uma retroalimentação, um princípio se referindo ao outro necessariamente. Então, o que está dito ali? Legalidade, não é isso? Então ... para a Administração Pública, tudo começa com a lei, mas não basta aplicar a lei. É necessário começar com a lei, aplicar a lei, mas para haver legitimidade, e o artigo 70 fala em legitimidade da despesa. Para ser legítima, a atuação administrativa, inclusive operacionalmente, contabilmente, financeiramente, orçamentariamente ... para ser legítima, é preciso aplicar a lei por um modo impessoal, é preciso aplicar a lei por um modo moral, é preciso aplicar a lei ... e aí um princípio se referindo ao outro, é preciso aplicar a lei por um modo público ou transparente, visibilidade do poder na linguagem de Bobbio, excomunhão da cultura do "bastidor"; ao contrário, canonização da cultura do "sol a pino" ... e eficiência, porque ... no sentido de qualidade intrínseca da atividade ... porque o público merece uma Administração Pública de excelência. São cinco princípios explícitos e um implícito. Qual é o implícito? Da legitimidade. Só haverá legitimidade administrativa com essa inter-referência normativa, de interpretação. O que a Constituição está dizendo é que não interessa quem administra, o que interessa é como se administra, para alcançar o patamar da legitimidade, princípio continente de que os outros cinco são conteúdo. Não interessa quem governa, quem administra, interesse como se governa, como se administra. Por quê? Porque o administrado tem o direito, olha aí o interesse coletivo, olha aí o interesse social. Os administrados têm o direito a esse tipo de administração legítima, que seja legal e, ao mesmo tempo, impessoal, moral, pública e eficiente. E quem

começa a velar por essa legitimidade, por assegurar à coletividade esse direito a uma administração assim legítima? O Ministério Público de Contas. Claro que também as auditorias e os órgãos técnicos de cada Tribunal, mas o Ministério Público de Contas, mutatis mutandis, por explicitude ali na cabeça do artigo 127. Uma coisa puxa a outra. Se a gente foge da subinterpretação, legítima essa atuação do Ministério Público de Contas em paridade com a mesma dignidade funcional, constitucional do Ministério Público tradicional. Volto a dizer, não há dois Ministérios Públicos em qualidade. Em prestígio constitucional não há dois. As funções, mutatis mutandis, estão a serviço das mesmas finalidades. As competências, mutatis mutandis, estão a serviço das mesmas finalidades. Então, Presidente, essa categoria de nome legitimidade nos obriga a vê-la como princípio continente e implícito da própria cabeça do artigo 37. E o direito ... porque, olhe, se administrar por essa forma legal, impessoal, moral, pública e eficiente é dever do Estado, é porque é direito dos administrados todos, é direito. E quem vai velar pela observância desse direito? O Ministério Público tem competência para isso. Senão, para que o Ministério Público de Contas?

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

É verdade, Ministro, e a nossa ...

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Outra coisa, Presidente ...

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

Pois não, Ministro, pois não.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Eu falei de princípios e subprincípios. Embora a Constituição chame de princípios os cinco princípios do artigo 37, cabeça, na verdade eles são subprincípios, porque estão a serviço de um princípio, o republicano e o federativo. Olha: a Administração Pública de qualquer dos poderes, princípio republicano, de qualquer das pessoas federadas, princípio federativo. Em função da República e da Federação que você tem esses outros cinco princípios. Então, na verdade, eles são tecnicamente subprincípios. A mesma coisa, você tem o princípio da dignidade da pessoa humana, artigo 1º da Constituição, número III, dignidade da pessoa humana, mas que começa com o direito à vida, na cabeça do art. 5º: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País” ... os direitos concernentes ... e aí vem vida em primeiro lugar, assim como no 37, em primeiro lugar, vem a legalidade. A legalidade é necessária, mas não é suficiente. A vida é necessária, mas não é suficiente. A vida em sentido biológico, biopsíquico, vem em primeiro lugar. É preciso desfrutar dessa vida, como pessoa natural, em condições de igualdade, em condições de liberdade, em condições de segurança, em condições de propriedade, porque assim é que se densifica, vitaliza, o princípio da dignidade da pessoa humana que está ali no artigo 1º, inciso de número III. Há o princípio da dignidade da pessoa humana, e os subprincípios são os da vida, da liberdade, da igualdade e da segurança, porque sem eles não há dignidade da pessoa humana, a dignidade da pessoa humana se esboroa, se desmilingue. Então, essa conformação inter-referente de princípios, subprincípios e regras é uma característica, da nossa Constituição, impositiva para o intérprete. Há uma ciência da interpretação cujo nome é Hermenêutica. Pois essa ciência exige esse tipo de interpretação funcionalmente enlaçada. E quando a gente faz isso num contexto republicano e federativo, só pode equiparar em dignidade constitucional Ministério Público tradicional, ou comum, e Ministério Público especial, ou de contas, sob pena de reducionismo interpretativo.



**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Até porque Ministro, as expressivas competências que estão previstas no texto constitucional no artigo 71 para os Tribunais de Contas, para o exercício técnico do controle externo, elas, a par de estarem ali expressas no texto constitucional, elas só podem ser efetivamente executadas se dentro de um ambiente de processualidade, de devido processo legal, em que se tenha o papel ministerial, o papel do Ministério Público de Contas à semelhança do papel do Ministério Público geral, de justiça, no processo jurisdicional tradicional.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Exatamente, é exatamente a sua conclusão. Até porque ... eu vou complementar, se me permite.

**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Pois não, Ministro.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Com todas as vênias, a ideia de Ministério Público é uma só, tanto para os processos judiciais, quanto para os processos de contas. A ideia é de uma instituição custodiadora do ordenamento jurídico, do regime democrático, dos direitos, todos, sociais ou coletivos e dos direitos individuais indisponíveis, interesses também. O que eu quero dizer com isso? Que essa ideia de Ministério Público é ele atuando, ora como parte, ora como custos iuris. Quando ele atua como parte, ele impulsiona a instituição, mas como custos legis, ele fiscaliza, ele mesmo, e é por isso que você vê, me permita chamar de você coloquialmente ...

**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Claro, Ministro.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

... o Ministério Público denuncia ou não denuncia, porque é custos legis, não é só parte, pode mandar arquivar o inquérito policial. Às vezes ele denuncia, o processo é instaurado e ele pede a absolvição do réu, como custos iuris. Ou ele não recorre da decisão absolutória, como custos iuris. Então, numa segunda instância, ele opina diferentemente do que opinou como Ministério Público de primeira instância, como custos iuris. O Ministério Público de Contas tanto é parte quanto é custos iuris, a mesma coisa. Não há dois Ministérios Públicos à luz da Constituição.

**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Vossa Excelência veja, Ministro, que, mutatis mutandis, o que se pretende é que justamente o Ministério Público de Contas tenha resguardada essa possibilidade de, ao buscar elementos para a sua convicção, ele representar à esfera competente, no mais das vezes o próprio Tribunal de Contas, ou, como Vossa Excelência falou, arquivar, pedir o arquivamento.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Arquivar fundamentando, fundamentando. Pronto.

**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Não é? Exatamente. Mas, para isso, o procurador, o membro do Ministério Público de Contas, precisa de elementos, não pode ser uma convicção formada com base em uma mera elaboração de pensamento. Tem que ter elementos para isso. E essa função, ainda de certa forma não totalmente compreendida

pelos gestores, por aqueles que efetivamente buscam tolher essa atuação do Ministério Público de Contas, é que infelizmente faz com que o próprio sistema de controle externo não atue na sua máxima efetividade, porque o Ministério Público de Contas, não tendo os meios para exercer os seus fins, quem vai sofrer com isso, ao fim e ao cabo, é o próprio controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, que não terá ao seu lado aquele órgão ministerial atuante, pujante, com todas as condições para exercer, na sua inteireza, a atividade para a qual ele foi efetivamente instituído pela Constituição.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Presidente, há uns 20 anos mais ou menos, 25, os Senhores, da AMPCON, me convidaram para fazer uma conferência, não sei se em Manaus, se em Belém, e eu pela primeira vez propus o Ministério Público de Contas.

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

Que maravilha, muito bom saber.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Foi, eu disse: nós vamos chamar conselheiros de contas, ministros de contas, processos de contas, auditores de contas, Ministério Público de Contas. Eu acho que fui a primeira pessoa a propor isso.

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

Olha que maravilha.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Não já internalizamos isso? Não já naturalizamos isso?

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

Não é? Exatamente.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Então, daqui a alguns anos, quando o Ministério Público de Contas tiver a dignidade que essa Constituição lhe confere diretamente, sem nem precisar da lei, nós vamos olhar para trás e vamos dizer: “que cegueira mental”, “como é que nossos colegas de antes não perceberam isso?”, “que cegueira mental”, “que miopia”, nem tanto cegueira, mas “que miopia”, “está tão claro”. Olha, é assim a vida. Uma vez, viu, eu estava relatando a questão da homoafetividade no Supremo, a união entre pessoas do mesmo sexo, união estável, como caracterizadora de uma família, de uma entidade familiar, sem precisar do casamento civil, e eu tive a oportunidade de dizer, metaforicamente: “Senhores Ministros” ... e foi uma decisão unânime do Supremo ... “é preciso enterrar ideias mortas, a ideia já está morta, o preconceito contra os homossexuais, a ideia já está morta, porém insepulta, porque segmentos da sociedade estocam nas prateleiras do seu obscurantismo latas e latas de formol”. E nós então lavramos uma decisão inédita, vitalizamos a Constituição, aplicamos muito bem a Constituição. E quando foi em dezembro de 2018, há menos de dois anos, a ONU, pela UNESCO, premiou o Supremo Tribunal Federal do Brasil com o diploma de patrimônio documental da Humanidade, considerou essa decisão explicitamente patrimônio documental da Humanidade, por ter sido o Supremo a primeira Suprema Corte ou Corte Constitucional no mundo a tomar essa decisão, e a que mais influenciou as outras Cortes Supremas ou Constitucionais, inclusive a norte-americana, inclusive o povo norte-americano pela sua Suprema Corte passou a desfrutar desse avanço civilizatório. Certamente hoje nós olhamos para trás e dizemos: “como é que esse óbvio ululante não foi percebido?” “como a Constituição foi por tanto tempo subinterpretada?”. E é assim, Presidente, é que eu compareço a esta live, a esta sessão

com Vossa Excelência, e perante quem nos ouve para além de nós dois, claro, com todo o gosto, toda a honra, esperando haver contribuído com esse debate para o melhor entendimento técnico, e portanto científico, da nossa Constituição. E é assim republicaneamente, federativamente, democraticamente, a partir de nós dois, sem falsa modéstia, nós que somos aqui os condutores desse debate, e é assim nós podemos servir à causa da Constituição mesma, que é o que nos interessa.

**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Com certeza, Ministro. Acho que estamos falando aqui de concretização de direitos fundamentais que estão aí por trás de tudo isso.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Por trás de tudo isso.

**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Não se trata obviamente de se fazer uma defesa de prerrogativas com fins em si mesmo, não é ...

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Corporativamente.

**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Nada disso. Quando buscamos a efetividade na nossa atuação, é porque temos algo muito maior nos inspirando para que essa atuação aconteça. Então, a busca pela eficiência, eficácia, efetividade da nossa atuação, por dar sentido ao que fazemos, ela é que nos move nesse momento. O Ministério Público de Contas tem, historicamente, Ministro, alguns capítulos que demonstram muito bem isso. O Ministério Público de Contas, em 2012, buscou junto ao Conselho Nacional do Ministério Público que fosse fiscalizado pelo CNMP, porque ele se entendia, como nos entendemos, como Ministério Público, e queríamos, àquela ocasião, que o nosso exercício não estivesse solto dentro da sistematicidade do próprio Ministério Público. Se nós somos Ministério Público, e nos reconhecemos como tal, temos, sim, que estar sob a fiscalização daquele órgão que fiscaliza o Ministério Público

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Perfeito. Não é um conselho federal, é um conselho nacional.

**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Exatamente

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

O Conselho do Ministério Público não é um conselho federal, não é um conselho estadual, não é um conselho municipal, é um conselho nacional.

**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Então, para que Vossa Excelência possa aquilatar ... Vossa Excelência talvez ... porque nós acabamos em algum momento só pensando na figura do Ministro do Supremo, do jurista, mas não podemos jamais esquecer que no seu DNA está lá o procurador de contas, o procurador que exerceu esse ofício junto ao Tribunal de Contas.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Claro. 12 anos.

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

Vossa Excelência fala com conhecimento de causa, sabe o que está falando, e, quiçá, seja o maior especialista, o maior conhecedor do sistema de controle externo pelo aspecto ou pelo viés constitucional, e o sistema de controle externo nosso ... ele tem essa grande vantagem, no nosso ordenamento, ele está todo lá, previsto nos artigos 70, 71 e seguintes da Constituição.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Sem dúvidas, sem dúvidas que a Constituição é a fonte de normatividade, a mais centralizada, focada e abrangente das fontes de normatividade do sistema de contas do Brasil. É a própria Constituição, diretamente. Ao tentarmos mentalizar a Constituição, essa interpretação que estamos dando ... olha aí como vocês colocaram apropriadamente: “contexto republicano e o Ministério Público de Contas.” Essa interpretação serve mais ou serve menos à República, à ideia de República, que é eminentemente constitucional? Aliás, enquanto nos Estados Unidos eles tem uma Federação Republicana, no Brasil temos uma República Federativa. Primazia da República. Tanto que lá um Presidente da República, como sucedeu com o Trump, pode ter menos votos republicanamente, ou meritamente, porém federativamente, em Colégios Eleitorais, ele saia vencedor, porque lá eles são uma Federação Republicana, e aqui não, nós somos uma República Federativa. Então o princípio da República é mais ou menos homenageado com essa interpretação?

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

Muito mais homenageado.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Muito mais.

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

Muito mais. Muito mais. É a concretização, a concreção, a efetividade do que está escrito, daquele texto, que a dinâmica social, das instituições, está a reclamar que essa interpretação venha.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

E é por isso, se me permite concluir, porque eu vou ter que sair.

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

Claro. Perfeito, Ministro.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Lá nos Estados Unidos eles avançaram tanto, sobretudo por esses dois princípios, da República e da Federação, ou na ordem deles, Federação Republicana. Eles avançaram tanto que as instituições de lá, imprensa, instituições de contas, Ministério Público, sociedade civil em geral, Poder Legislativo, Poder Judiciário ... eles avançaram tanto institucionalmente a ponto de essas instituições impedirem que um governante central eventualmente autoritário, do ponto de vista subjetivo, consiga emplacar um governo objetivamente autoritário. Olha o vigor das instituições. São instituições impeditivas de quê? De que um governante subjetivamente autoritário emplaque um governo objetivamente autoritário. Então, Ministério Público faz parte de um sistema de justiça, e no nosso caso com derivação para o sistema de Tribunais de Contas, mutatis mutandis claro, faz parte de um sistema que não governa, mas impede o desgoverno, não tem do governo a função, mas tem do governo a força. Que força? De impedir o desgoverno, porque a Constituição, assim prestigiadora do Ministério Público, inclusive de Contas ... a Constituição governa quem governa, governa permanentemente quem governa transitoriamente. E é assim que ela deve ser interpretada, a Constituição.



**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Maravilha, Ministro. Acho que não poderíamos ter tido aqui uma conversa mais franca, mais ... como eu já disse no início ... alvissareira para nossa carreira, porque quando nos deparamos com os problemas cotidianos, dificuldade de atuação e muitas vezes mitigando toda essa carga que a Constituição nos traz, não como bônus, mas como ônus mesmo, como dever-poder eu diria ...

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Dever-Poder.

**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Não é? Para atender a esse anseio da sociedade, isso muitas vezes nos leva a algum tipo de frustração, de não podermos exercer na plenitude a nossa atuação, mas acredito que como Vossa Excelência deixou muito claro, o tempo ... se aproxima o tempo em que isso poderá ser descortinada, definitivamente.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

As palavras são essas. Perfeito. E ... Presidente, eu posso lhe fazer um pedido? Vamos degravar esta nossa conversa, e a gente passa a limpo e publica?

**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Maravilha, excelente ideia! O Ministro ... eu já iria pedir autorização para Vossa Excelência para termos isso em nosso panteão de honra dos pronunciamentos, e Vossa Excelência, aliás, é contumaz em trazer pronunciamentos, esse que Vossa Excelência falou lá do Congresso na década ainda retrasada, que Vossa Excelência tratou do Ministério Público já como de Contas.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Sabe, minha gente, minha gente ... o que nos impede de dar corretamente o nome à instituição? O nome correto é Ministério Público de Contas ...

**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Pronto.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Aí, pegou, vingou.

**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Vingou. E acredito que hoje, aqui, estamos dando mais um impulso que também daqui a ... espero, poucos anos, nós possamos olhar para trás e dizer: "aquele momento virtual, dentro do novo normal, em que o Ministro Carlos Ayres nos brindou com aquela grande palestra" ... E muito verdadeira, muito ... além da técnica e de todo o arcabouço jurídico que envolve a suas palavras, Ministro, a gente percebe muita verdade e muito sentimento nisso, porque isso também é uma circunstância que não podemos olvidar: a Constituição nos traz essa verdade, que é uma verdade de quem tem o olhar para a sociedade.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

O que você está dizendo me faz lembrar, e uma coisa puxa a outra ... Peter Häberle, acho que foi ele, ou foi ... não digo de certeza se foi Peter Häberle, que disse o seguinte ... é preciso ... foi um alemão: é preciso ter vontade de Constituição, vontade de aplicar a Constituição. E eu traduzo assim ... é a minha tradução: a vontade da Constituição, objetivamente, é da melhor Constituição, a vontade da

Constituição objetivamente, mas a nossa vontade de Constituição não está no mesmo plano, é inferior, não tem o mesmo vigor, e sem afetividade constitucional não há efetividade constitucional. É preciso ter afeto por essa Constituição, orgulho por ela ...

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

Exatamente.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Aí nós vamos conciliar vontade subjetiva de Constituição com vontade objetiva da Constituição, e vamos entender que o nosso desafio é de transformar a melhor normatividade, a melhor normatividade constitucional na melhor experiência de vida, transformar eficácia em efetividade. Eficácia é vida pensada, efetividade é vida vivida. É o nosso desafio.

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

Maravilha, Ministro. Nos nossos 35 anos não poderíamos ter tido aqui uma palestra maior, uma fala que fosse esse bálsamo para nós aqui, procuradores de contas, que pensamos efetivamente em ter uma evolução no entendimento da nossa atuação, porque convictos da nossa atuação já somos, e sabemos o que fazemos, como Vossa Excelência tem a experiência também nisso. Mas, como eu disse, nos frustra encontrarmos óbices para que nossa atuação ocorra dentro desse princípio que Vossa Excelência falou, da efetividade máxima da Constituição, porque quem ganha com isso ao fim e ao cabo é a sociedade brasileira

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Perfeito, é a sociedade. Isso se chama filosofia da abundância, e não da escassez, cujo conteúdo é este: todos ganham se todos ganham. O sistema de contas ganha se essa interpretação vingar. Ninguém perde se ninguém perde. Pode parecer um truísmo. Não é. Todos ganham se todos ganham. Vamos fortalecer o Tribunal de Contas, sobretudo perante o Poder Executivo, perante o Poder Legislativo, perante o Poder Judiciário, e vamos, no âmbito dos Tribunais de Contas, juntos a eles, ao lado deles, paralelamente a eles, não dentro, vamos fortalecer o Ministério Público de Contas. Todos ganham se todos ganham

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

E ocorre a legitimidade ex post, do sistema, aquela que nós temos lá, ex ante da Constituição, estamos efetivamente concretizando essa legitimidade.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Perfeito, perfeito. Muito bem, Presidente.

**[Stephenson Victer – Presidente da AMPCON]**

Muito obrigado, Ministro. Olha, satisfação, uma honra muito grande para todos nós, tenho certeza de que os colegas estão todos ligados, não só colegas procuradores de contas, mas operadores do sistema como um todo. Tenho certeza de que temos aqui auditores, temos conselheiros, conselheiros substitutos, todos ouvindo essa sua fala, como Vossa Excelência disse: não é uma crítica de se falar mal, mas um crítica que quer ver aquilo que nós tratamos aqui, do controle externo, da atividade ministerial, dos Tribunais de Contas, funcionando da melhor forma possível, para que a sua legitimidade ocorra no dia a dia e para que esse sistema se mostre cada vez mais imprescindível para nossa sociedade.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Perfeito. Eu quero deixar um abraço especial, bem personalizado, para a Cláudia Fernanda.

**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Poxa, nossa grande guerreira, falamos dela no início, nossa grande guerreira, pessoa sensacional do nosso sistema e em nome dela também quero ...

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

E a Roberto Torres, do Tocantins.

**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Roberto Torres é um colega que é conterrâneo de Vossa Excelência, mas que está lá em Tocantins, atuando, e que é para nós ... assim, um companheiro de todas as horas, nos auxilia, e obviamente que o evento de hoje só foi possível com a intervenção dele para que pudéssemos chegar até Vossa Excelência, sabendo da sua agenda difícil, da sua agenda complicada, mas ele fez de tudo para que nós pudéssemos ter, no dia dos nossos 35 anos, este evento aqui.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

A primeira vez que eu falei, são 40 anos pelo menos, para membros dos Tribunais de Contas reunidos nacionalmente, foi a convite de um procurador de contas, um membro do Ministério Público de Contas, hoje aposentado, Roberto Rosa, era lotado aqui em Brasília, fazia parte do MP de Contas do Distrito Federal.

**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Maravilha, temos muitos nomes por lembrar. Ministro, muito obrigado mais uma vez, uma honra muito grande tê-lo conosco, que venham mais 35 anos, e vamos degravar então esta live para que possamos depois publicar esse trabalho de grande escol.

**[Carlos Ayres Britto – Ministro Emérito do Supremo Tribunal Federal]**

Obrigadíssimo

**[Stephenson Victor – Presidente da AMPCON]**

Nós é que agradecemos. Quero agradecer também os colegas que nos assistiram, os demais operadores do sistema, agradecer a nossa diretoria, todos os nossos associados, agradecer especialmente, como bem disse o Ministro, o nosso colega José Roberto, de Tocantins, agradecer o nosso colega Gabriel Leger, do Paraná, que foi decisivo para que pudéssemos ter este evento construído com muito carinho e à disposição de todos nós. E, mais uma vez, enaltecer a figura de nossos pioneiros, que, como disse no início, pavimentaram essa estrada por onde temos trafegado, não sem dificuldades, mas, assim, com um leque muito maior de possibilidade que os colegas lá no início tinham. Muito obrigado a todos. Quem venham mais 35 anos para a AMPCON e que possamos aí, como bem disse o Ministro, em pouco tempo ter um entendimento constitucional, uma interpretação constitucional que faça jus à maior efetividade, à maior eficácia de nossa atividade, que é tão importante, tão decisiva para a própria efetividade do sistema de controle externo dos Tribunais de Contas como um todo. Muito obrigado a todos.



# **Artigos de opinião**



## A REJEIÇÃO DAS CONTAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO ELEITORAL



### **Cristina Andrade Melo**

Subprocuradora-Geral do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Diretora-tesoureira da Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON).

Em sua redação original, a Lei Complementar nº 64/1990, que trata das inelegibilidades, dispunha que eram inelegíveis para qualquer cargo político aqueles cujas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas tivessem sido rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecurável do órgão competente, salvo se a questão houvesse sido ou estivesse sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos cinco anos seguintes, contados a partir da data da decisão (art. 1º, I, g).

Anos mais tarde, a Lei Complementar nº 135/2010, a conhecida Lei da Ficha Limpa, de iniciativa popular, promoveu importantes mudanças na lei das inelegibilidades. Considerada um movimento importante de combate à corrupção eleitoral, a Lei da Ficha Limpa trouxe para o ordenamento jurídico novas hipóteses de inelegibilidade de candidatos a cargos políticos e alterou os requisitos de outras, mais especificamente daquela decorrente da rejeição de contas.

A inelegibilidade tem como objetivo proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta, nos termos do art. 14, § 9º, da CR/88.

Com a nova redação da conhecida alínea g, inciso I, do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990, passaram a ser inelegíveis para qualquer cargo

(...) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável *que configure ato doloso de improbidade administrativa*, e por decisão irrecurável do órgão competente, salvo se esta houver sido *suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário*, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão.

Se, por um lado, a alteração passou a exigir que a decisão de rejeição de contas seja suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário (antes bastaria o ajuizamento da ação) para que a inelegibilidade não seja aplicável, por outro, contudo, foi acrescentada a expressão “que configure ato doloso de improbidade administrativa” à redação original do projeto, tornando mais árdua sua aplicação.

A redação antiga da citada causa de inelegibilidade não exigia o ato doloso de improbidade administrativa, mas a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral já assentava que, “para que incida a inelegibilidade da questionada letra g, firmou-se na jurisprudência do Tribunal ser necessário que a rejeição das contas tenha por motivos vícios insanáveis e característicos de improbidade administrativa do responsável”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> REspe nº 9.791/RN, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 15/9/1992.



Ou seja: a redação da alínea *g* conferida pela Lei da Ficha Limpa positivou entendimento jurisprudencial no sentido de que, para se tornar inelegível, o candidato precisa ter tido as contas rejeitadas pelo órgão competente – ou seja, o Tribunal de Contas ou o Legislativo, a depender do caso – “por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa”.

As consequências eleitorais dos julgamentos de rejeição de contas dos gestores públicos são assunto aparentemente simples, mas que podem trazer inúmeras complexidades (e por vezes perplexidades) para os operadores do Direito, sobretudo após a alteração do texto da LC nº 64/1990.

No presente artigo, busca-se uma reflexão sobre alguns dos temas problemáticos que, em última instância, acabam por incidir na própria legitimidade do processo eleitoral, como será dissertado a seguir.

O primeiro questionamento que surge, e ainda pouco explorado pela doutrina especializada que tratou do tema, diz respeito sobre o que deve ser considerado “contas rejeitadas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas” de que trata a alínea *g*, I, art. 1º, LC nº 64/1990.

De acordo com a Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições), os Tribunais de Contas devem disponibilizar à Justiça Eleitoral a relação dos gestores que tiveram suas contas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irreversível do órgão competente. Essa relação, ou lista, como comumente denominada, é de fundamental importância para o deslinde do processo eleitoral, pois *poderá* fundamentar eventuais declarações de inelegibilidade de candidatos pela Justiça Eleitoral.

A maioria dos Tribunais de Contas regulamentou a matéria em âmbito local por meio de ato normativo específico ou no bojo do seu regimento interno. Contudo, existe uma grande discrepância entre os Tribunais de Contas a respeito da *natureza dos processos* que se enquadram no ditame legal de “contas rejeitadas”, o que pode ser explicado, entre outras razões, pela ausência de uniformidade entre as 33 Cortes de Contas do país a respeito da própria nomenclatura dos processos que nelas tramitam, fruto, por sua vez, da ausência de uma lei nacional que regule os processos de contas no Brasil, o que, de fato, seria bastante desejável.

No âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG), a questão foi regulamentada pela Resolução nº 07/2012, com as alterações promovidas pela Resolução nº 01/2018. A lista engloba tanto as *contas de gestão* julgadas irregulares por decisão do TCE/MG como as *contas de governo* rejeitadas pelo Poder Legislativo local, cujo acompanhamento é realizado pelo Ministério Público de Contas<sup>2</sup>.

Posteriormente, percebendo a insuficiência da resolução para dirimir dúvidas práticas na elaboração da lista, em 20 de junho de 2018, o Pleno do Tribunal de Contas mineiro, no bojo do Assunto Administrativo – n. 1.040.490, interpretou o alcance da expressão “contas rejeitadas”.

Lastreado em entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), entendeu-se que a incidência da inelegibilidade da alínea *g*, I, art. 1º, LC nº 64/1990, não se restringe à rejeição de contas anuais relativas ao desempenho de cargos ou funções públicas, alcançando também as despesas do exercício financeiro que forem consideradas irregulares. É nesse sentido o julgamento do recurso ordinário nº 252.356, cuja ementa segue transcrita:

INELEGIBILIDADE. ALINEA G DO INCISO I DO ARTIGO 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990. ALCANCE. A norma da alínea *g* do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990 não se limita à rejeição das contas anuais relativas ao exercício de cargos ou funções públicas, alcançando também a glosa parcial. REJEIÇÃO DE CONTAS. Uma vez rejeitadas as contas,

2 Art. 2º. O Tribunal de Contas, no ano em que ocorrerem eleições, encaminhará ao Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE/MG), até o dia 5 (cinco) do mês de julho, a relação dos agentes públicos que, nos 8 (oito) anos anteriores ao da realização do pleito:

I - tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas julgadas irregulares por decisão deste Tribunal;

II - tiverem suas contas de governo rejeitadas pelo Poder Legislativo.

impondo-se o ressarcimento aos cofres públicos, configura-se a inelegibilidade prevista na alínea g do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990. (Recurso Ordinário nº 252.356, Relator Min. Marco Aurélio, Publicação: Data 14/06/2011).

Do voto do ministro Marco Aurélio, relator do recurso no TSE, extraem-se as seguintes ponderações, que se transcrevem por serem absolutamente pertinentes ao tema:

Observam o disposto na alínea g do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990 e, assim, o objetivo da norma. Alude, é certo, a contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas. Evidentemente, o preceito apanha situações concretas em que, formalizada denúncia, constata-se irregularidades, como ocorreu na espécie. A interpretação teleológica direciona à conclusão de não se exigir que o pronunciamento do Tribunal de Contas tenha sido implementado em prestação de contas. Situações desconformes, verificadas ante esta ou aquela provocação, ou mesmo de ofício, pelo Tribunal de Contas, estão abrangidas pela citada norma. A não ser assim, restará potencializada a interpretação verbal do dispositivo, em detrimento da teleológica.

Assim, consignou-se que a expressão “contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas” engloba todo e qualquer ato do administrador público praticado enquanto ordenador de despesas e dos demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos, cujo julgamento, à luz do disposto no art. 71, inciso II, da CR/88, aponte a prática de irregularidade insanável, independentemente da natureza processual a que esteja associado.

De fato, para fins de inelegibilidade, pouco importa o nome jurídico dado ao procedimento analisado nos Tribunais de Contas, interessando, na verdade, o conteúdo, a essência da irregularidade insanável consignada em decisão irrecorrível da Corte de Contas, seja ela proferida em sede de prestação ou tomada de contas, auditoria, inspeção, representação ou denúncia.

Em outras palavras: a irregularidade insanável não precisa ocorrer necessariamente em processos de prestação ou tomada de contas, podendo ser verificada também em outros processos em que se analisem a legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade de atos que gerem receita ou despesa pública.

O entendimento adotado pelo TCE mineiro é o que melhor se coaduna com interpretação teleológica da alínea g, inciso I, do art. 1º da Lei Complementar nº 64/1990, pois o que importa, para fins de inelegibilidade, é a prática de irregularidade insanável, o que é possível de se aferir não apenas no bojo da prestação de contas, mas em processos de outras naturezas.

Como segundo questionamento, indaga-se a respeito da competência para julgar as contas e declarar a inelegibilidade. Tradicionalmente, doutrina e jurisprudência eram acordes no entendimento de que competia aos Tribunais de Contas o julgamento das contas de gestão dos gestores públicos de modo geral e ao Poder Legislativo das contas de governo, mediante parecer prévio exarado pela Corte de Contas, conforme inteligência do art. 71, incisos I e II, CR/88.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do recurso extraordinário nº 848.826, realizado em 10 de agosto de 2016, definiu como tese de repercussão geral que, para fins do art. 1º, inciso I, alínea g, da LC nº 64/1990, a apreciação das *contas de prefeito*, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos vereadores.

Por sua vez, precedentes do TSE asseguram que as teses firmadas pelo STF no julgamento dos recursos extraordinários nº 848.826/DF e nº 729.744/DF – quanto a ser competente a Câmara para julgar contas de governo (anuais) e de gestão de prefeito – se aplicam apenas às hipóteses envolvendo recursos oriundos exclusivamente da própria municipalidade.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> REspe 4503, Rel. Min. Henrique Neves da Silva, 15/12/2016.

Portanto, para fins de inelegibilidade da alínea *g*, a competência para julgar uma tomada de contas que verse sobre um convênio de repasse de recursos estaduais a um município e que tenha o prefeito como ordenador de despesa – natureza de processo bastante comum no âmbito do controle externo – continua sendo dos Tribunais de Contas.

Quanto à declaração de inelegibilidade, Marilda de Paula Silveira qualifica como “histórico o entendimento de que incumbe à Justiça Eleitoral, no registro da candidatura, o exame da natureza das irregularidades que possam ter levado à rejeição das contas públicas, a fim de ser definir a incidência da inelegibilidade”.<sup>4</sup>

Por isso, é importante que se diga que a mera inclusão do nome de um candidato na relação de contas rejeitadas elaborada pelas Cortes de Contas não o torna, automaticamente, inelegível. Ou seja, não basta que o gestor tenha as contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas ou pela Câmara para que se torne inelegível.

De fato, compete à Justiça Eleitoral deferir ou não o registro de candidaturas, seja *ex officio*, seja mediante impugnação, sobretudo às pertinentes às causas de inelegibilidade.<sup>5</sup>

Portanto, diante da rejeição das contas pelo órgão competente, o juízo de valor a respeito da caracterização ou não da inelegibilidade por rejeição de contas é da Justiça Eleitoral, sem descuar, contudo, do alerta da Súmula nº 41/TSE: “Não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros Órgãos do Judiciário ou dos Tribunais de Contas que configurem causa de inelegibilidade”.

Por fim, como terceiro questionamento, necessário esclarecer a expressão que foi acrescentada à alínea *g*.

Percorrendo a jurisprudência reiterada do TSE, percebe-se que os requisitos são cumulativos, vale dizer, a desaprovação das contas deve ser decorrente de (i) irregularidade insanável que configure (ii) ato de improbidade administrativa, (iii) praticado na modalidade dolosa, ainda que genérico.

Na verdade, a análise se a irregularidade é ou não insanável é um falso pressuposto. Nos processos que tramitam nos Tribunal de Contas, as irregularidades são sanáveis durante a instrução processual, momento em que o órgão técnico interno pode sanar as irregularidades inicialmente detectadas após analisar a defesa apresentada pelo jurisdicionado e o julgador assim também o entender. Assim, as contas transitadas em julgado que forem rejeitadas certamente o serão por serem as irregularidades insanáveis, pois, se fossem consideradas sanáveis pelo julgador, teriam melhor sorte com a sua aprovação.

Nesse sentido, assim se manifestou o professor J. R. Caldas Furtado, conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão:

No âmbito do processo de contas, a expressão irregularidade sanada é comumente utilizada para se designar aquela que, apontada inicialmente no relatório técnico, deixou de subsistir no decorrer da sua instrução. Nesse passo, tem-se que, no início do processo, qualquer irregularidade pode ser sanada, que seja por razões de direito que seja por circunstância de fato; após o trânsito em julgado, não já que se falar em sanabilidade de irregularidade.<sup>6</sup>

4 SILVEIRA, Marilda de Paula. STF decide quem julga as contas, mas e a inelegibilidade? Jota (online), STF, Do Supremo, 7 ago. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/e-leitor-stf-decide-quem-julga-contas-mas-e-inelegibilidade-07082016>

5 GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 181.

6 FURTADO, José Ribamar Caldas. A lista dos gestores com contas irregulares: dúvidas a dissipar. Revista TCMRJ, n. 59, p. 37-42, dez. 2014. p. 39.

Outro ponto que não raras vezes gera perplexidade no aplicador do Direito é que, apesar de a dicção legal mencionar a prática de “irregularidade insanável que configure *ato doloso de improbidade administrativa*”, o TSE firmou posicionamento no sentido de que o juízo se a irregularidade insanável é caracterizadora de ato doloso de improbidade administrativa é feito pela própria Justiça Eleitoral, no bojo do processo de impugnação de candidatura, por meio de elementos constantes no acórdão que rejeitou as contas, não sendo determinante que o candidato tenha sido condenado em uma ação judicial de improbidade para ser enquadrado na alínea *g*, inciso I, art. 1º da LC nº 64/1990.

No ponto, lembre-se que, se o candidato foi efetivamente condenado por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, a causa de inelegibilidade é da alínea *l*, inciso I do mesmo artigo.

Portanto, a despeito das críticas doutrinárias sobre a violação ao contraditório e à ampla defesa pela alínea *g*, uma vez que o gestor não teria oportunidade de se defender da imputação de que teria praticado um ato de improbidade doloso,<sup>7</sup> o TSE considera possível compatibilizar o dispositivo com as garantias vigentes em nosso ordenamento.

Existem alguns parâmetros utilizados pela Corte Eleitoral para declarar inelegível o candidato que teve as contas rejeitadas, por exemplo, “(i) o repasse à educação abaixo do percentual mínimo exigido constitucionalmente e (ii) a desobediência à Lei de Responsabilidade Fiscal constituem irregularidades insanáveis configuradoras de ato doloso de improbidade administrativa”<sup>8</sup>.

Isso não quer dizer que em todos os casos em que as contas foram rejeitadas pela não aplicação do percentual mínimo previsto no art. 212 da CR/88 haja incidência imediata da inelegibilidade da alínea *g*, pois o TSE analisa as circunstâncias e peculiaridades de cada caso.

Por exemplo, no Respe nº 246-59, de 27 de novembro de 2012, considerou-se que a não aplicação do percentual mínimo de 25% em manutenção e desenvolvimento do ensino, como exigido pelo art. 212 da CR/88, configura ato doloso de improbidade, previsto no art. 11, inciso II, da Lei nº 8.429/1992. Já no AgR-Respe nº 25.092, julgado em 24 de setembro de 2020, o TSE entendeu que, apesar de as contas do candidato terem sido rejeitadas pela ausência de aplicação do percentual mínimo em ensino, não restou configurado o dolo genérico, dadas as insignificâncias das glosas promovidas pelo Tribunal de Contas local. Nesse mesmo sentido, o Respe nº 24.881, de 17 de agosto de 2017.

Portanto, conclui-se pela importância dos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Contas, sobretudo os que rejeitam as contas do gestor, pois estes servirão de importante baliza para a Justiça Eleitoral efetuar o enquadramento na alínea *g* e registrar – ou não – a candidatura a determinado cargo político. É essencial que sejam bem fundamentados e que façam menção às provas colhidas no curso da instrução, para que a Corte Eleitoral aja com justiça ao retirar eventuais candidatos desonestos ou má gestores do cenário eleitoral e político.

7 Por todos, vide: SILVEIRA, Marilda de Paula. STF decide quem julga as contas, mas e a inelegibilidade? Jota (online), STF, Do Supremo, 7 ago. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/e-leitor-stf-decide-quem-julga-contas-mas-e-inelegibilidade-07082016>. Acesso em: mar. 2021.

8 AgR-REspe nº 15.243, de 20/04/2017.



# O STF E A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA DO TCE/MG



## Daniel de Carvalho Guimarães

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

O objetivo deste artigo é interpretar o enunciado e o julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) no tema 899 de repercussão geral relacionados à prescrição da pretensão ressarcitória no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG).

A prescrição da pretensão ressarcitória estatal foi objeto de dois recentes julgamentos no STF em sede de repercussão geral.

O primeiro foi o RE 852475 (tema 897), com trânsito em julgado, cujo objeto foi a prescrição da pretensão ressarcitória de dano ao erário decorrente de ato de improbidade administrativa, tendo o STF assentado a tese de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, a saber:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO.

1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais.
2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB).
3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente.
4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis.
5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.
6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento.<sup>1</sup>

O STF apreciou o tema 899 no RE 636886 e concluiu que é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas, a saber:

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

<sup>1</sup> RE 852475 / SP - Pleno - Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin - Julgamento: 08/08/2018 - DJe-058 de 25/03/2019.

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 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”.<sup>2</sup>

Por duas vezes seguidas, o STF debruçou-se sobre a exegese do art. 37, parágrafo 5º da Constituição de 1988, sobre o caráter de imprescritibilidade ou não das pretensões ressarcitórias de dano ao erário, e concluiu, coerentemente, em todas elas, que a ressalva final do dispositivo deve ser aplicada restritivamente apenas ao ressarcimento de dano ao erário decorrente de ato doloso de improbidade administrativa.

O primeiro aspecto a ser discutido é definir os limites da pretensão ressarcitória estatal sujeita à prescrição. Em outras palavras, indaga-se qual seria a pretensão ressarcitória prescritível na visão do STF.

Sobre o tema, há duas correntes. A primeira defende que o STF apenas estabeleceu que a pretensão ressarcitória na sua modalidade executória, ou seja, após a constituição do título executivo, acórdão do TCU condenatório transitado em julgado, sofreria os efeitos temporais da prescrição. Essa corrente utiliza o fundamento legal invocado pelo STF para reconhecer a prescrição, qual seja, o art. 40 da Lei nº 6.830/1980, que trata da prescrição na modalidade intercorrente, no curso do processo de execução fiscal. Para essa corrente, não se poderiam ampliar as hipóteses de prescritibilidade da pretensão ressarcitória além do processo de execução fiscal.

Nesse sentido, o STF não teria fixado prazo para a atuação do Tribunal de Contas, apenas para a execução judicial de seus julgados.

Outra corrente defende que a pretensão ressarcitória é a mesma ao longo de todo o decurso de tempo desde a ocorrência do suposto ato ilícito, passando pela fiscalização, apuração, condenação e formação do título extrajudicial, até a execução judicial do débito calculado como dano ao erário. Logo, não seria juridicamente possível diferenciá-la ontologicamente em pretensão ressarcitória e pretensão executória, para fins de fixação de regime jurídico distinto quanto à prescritibilidade.

<sup>2</sup> RE 636886/AL – Pleno – Relator Min. Alexandre de Moraes – Julgado em 20/04/2020 - Dje de 24/06/2020.



A pretensão estatal nasce com a ocorrência do ilícito e já começa a sentir os efeitos deletérios do tempo, de acordo com o regime jurídico da prescrição. O que existe ao longo do caminho, no caso dos Tribunais de Contas, é a fixação de marcos e espaços temporais de interrupção e suspensão da contagem do prazo prescricional, que representem a iniciativa dos agentes do controle externo em apurar os ilícitos e definir responsabilidades.

Para essa última corrente, não haveria como diferenciar, quanto à prescritibilidade ou imprescritibilidade, a pretensão ressarcitória estatal em dois momentos separados pela formação do título executivo extrajudicial, que é o acórdão do Tribunal de Contas, pois a pretensão seria a mesma, não se transmudaria com o avançar das fases.

Parece-nos que a segunda corrente reflete a imagem mais fiel do ordenamento jurídico, que trata de forma diferenciada as pretensões estatais controladoras, em seus aspectos punitivo e reparador, daquela outra relativa ao direito potestativo estatal de constituir o crédito tributário e à pretensão estatal de sua cobrança do sujeito passivo, regida por leis próprias e específicas, como o Código Tributário Nacional e a lei federal de execução fiscal.

O segundo aspecto é a possibilidade de o Tribunal de Contas reconhecer um fato como ato doloso de improbidade administrativa para fins de aplicação da tese da imprescritibilidade. Indaga-se se seria possível o Tribunal de Contas exercer pretensão ressarcitória imprescritível, caso os fatos sob o seu crivo pudessem ser qualificados, ainda que sem caráter de definitividade, como atos dolosos de improbidade.

A resposta deve ser negativa. A nosso ver, os julgados do STF, em especial aquele do tema 899, não deixam margem a essa possibilidade. O juízo acerca da qualificação dos atos como dolosos de improbidade administrativa pertence ao Poder Judiciário, que o fará seguindo regras materiais e processuais explicitadas na lei de improbidade administrativa, que não podem ser manejadas pelos Tribunais de Contas.

Caso eventualmente as situações de fato possam ser enquadradas como atos dolosos de improbidade e não haja mais prazo viável para o Tribunal de Contas exercer a pretensão ressarcitória deles decorrentes, a solução jurídica encontrada pelo STF é permitir a busca do ressarcimento perante o Poder Judiciário, tendo como causa de pedir o reconhecimento de uma situação fática como ato doloso de improbidade causador de dano ao erário.

Assim, nessa linha de raciocínio, a pretensão ressarcitória exercida pelos Tribunais de Contas sempre será prescritível.

Para reforçar essa compreensão sobre o teor do julgado do STF, frise-se que o caso concreto envolvia a imputação de dano ao erário a determinado particular que recebeu recursos públicos e não prestou contas de sua utilização nem após provocação da entidade conveniente. A Lei nº 8.429/1992 reconhece a conduta de deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo como ato de improbidade na forma do seu art. 11, VI.

Assim, caso a posição do STF fosse pela possibilidade de imprescritibilidade no âmbito dos Tribunais de Contas na hipótese de ato doloso de improbidade, o resultado do julgamento seria diverso, pois o STF poderia reconhecer que a conduta imputada ao devedor configuraria potencialmente ato doloso de improbidade e manter a cobrança, dando provimento ao recurso extraordinário da União. Não foi o que ocorreu.

O STF justificou a prescritibilidade do caso concreto com a visão mais abrangente, de que não caberia ao sistema Tribunal de Contas exercer esse tipo de juízo de adequação típica, sequer provisório, não se aplicando a ele qualquer hipótese de imprescritibilidade. Prova disso são decisões monocráticas do STF, por exemplo, no MS 37089 (Rel. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/11/2020) e 35208 (Rel. Dias Toffoli,

julgado em 06/10/2020), bem como no ARE 1256622 (Rel. Gilmar Mendes, julgado em 20/07/2020).

O terceiro aspecto a ser examinado é a aplicabilidade do novo entendimento do STF no tempo.

Em nenhum dos julgados, houve o reconhecimento de modulação dos efeitos, devendo a tese ser aplicada de forma ampla aos casos em apreciação nos Tribunais de Contas, inclusive aos fatos ocorridos anteriormente às decisões em repercussão geral.

O ministro Gilmar Mendes, durante o julgamento do tema 899, elaborou em seu voto proposta de modulação dos efeitos em relação ao novo entendimento de imprescritibilidade apenas no caso de pretensão ressarcitória estatal decorrente de ato doloso de improbidade administrativa diante da jurisprudência anterior do STF que reconhecia a imprescritibilidade de forma geral a qualquer hipótese de pretensão ressarcitória estatal. Porém, sua proposta não contou com os votos necessários previstos na Lei nº 9.868/1999.

Considerando que os Tribunais de Contas aplicavam pacificamente o entendimento segundo o qual era imprescritível a pretensão ressarcitória de dano ao erário, seria possível cogitar a aplicação imediata do novo entendimento somente aos novos fatos jurídicos que pudessem ser qualificados como causadores de dano ao erário.

Porém, além da postura do STF de não efetuar a modulação dos efeitos da decisão, urge reconhecer que a história recente de Minas Gerais já retratou episódio semelhante, de inovação legislativa instituidora da prescrição e da decadência no âmbito do Tribunal de Contas, qual seja, a Lei Complementar estadual nº 120, de 15 de dezembro de 2011, o que acarretou a aplicação imediata da nova legislação aos fatos pretéritos, permitindo-se inclusive o reconhecimento de prescrição e decadência pelo decurso dos prazos legais em datas anteriores à vigência da então inovadora lei complementar.

Portanto, sobre esse terceiro ponto, deve ser reconhecida a aplicabilidade da tese da prescrição aos fatos pretéritos de maneira a influenciar no julgamento de todos os processos atualmente em tramitação nos Tribunais de Contas.

O quarto aspecto a ser examinado é qual o regime jurídico da prescrição deve ser adotado. O STF decidiu pela aplicabilidade de regra da lei federal de execução fiscal, sobre prescrição intercorrente, suscitada no processo em análise. Em âmbito federal, quanto ao Tribunal de Contas de União, não há legislação que cuide da prescrição da pretensão punitiva. O STF aplicou ao caso concreto o efeito da prescrição intercorrente pelo decurso do prazo de cinco anos a partir do dia seguinte ao fim da suspensão do processo de execução fiscal por um ano, por ausência de bens ou diligências executórias.

Porém, o STF não respondeu qual seria o regime jurídico de prescrição aplicável ao Tribunal de Contas da União, que até então aplicava o prazo de 10 anos residual previsto no Código Civil.

Considerando que nunca se cogitara no ordenamento jurídico anterior pela prescrição da pretensão ressarcitória do dano ao erário, não haverá normas que tratem dessa questão, devendo ser aplicadas aquelas que cuidem de situações jurídicas que se assemelhem àquelas que envolvam dano ao erário.

Nessa linha, o regime jurídico aplicável pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais deve ser aquele da prescrição da sua pretensão punitiva, pela similitude e até identidade das situações jurídicas reguladas pela norma, ilícitos passíveis de sanção, em relação àquelas que envolvam dano ao erário.

Por óbvio, o legislador pode regular essa pretensão ressarcitória de forma diversa, porém, enquanto não há distinção legal, o regime jurídico deve ser único para as pretensões estatais, quanto à punição de atos ilícitos e ao ressarcimento dos danos por eles causados.



Assim, quanto ao quarto aspecto, deverão ser aplicadas às situações jurídicas que envolvam dano ao erário de competência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais as regras previstas na Lei Complementar estadual nº 102/2008 que cuidam da prescrição da pretensão punitiva.

Por fim, destaque-se a pendência de embargos declaratórios opostos pela Advocacia-Geral da União que levou à Corte questionamentos acerca desses aspectos aqui tratados e que podem ter desfecho diverso do aqui proposto caso tenham efeitos infringentes reconhecidos.

Em síntese, conclui-se que, até o momento, o STF decidiu que:

- a) a pretensão ressarcitória exercida pelos Tribunais de Contas é prescritível, independentemente do momento do seu exercício, seja no conhecimento e apuração dos fatos nos processos administrativos, seja na execução judicial do título decorrente de suas decisões;
- b) não se aplica a exceção reconhecida pela Corte ao ressarcimento decorrente de ato doloso de improbidade administrativa, pois os Tribunais de Contas não têm competência para conhecer, processar e aplicar as sanções previstas legalmente aos atos de improbidade administrativa;
- c) esse entendimento deve ser aplicado a todos os fatos em apuração nos Tribunais de Contas, anteriores ou posteriores à decisão do STF, pois não houve modulação dos efeitos;
- d) em Minas Gerais, o regime jurídico da prescrição da pretensão ressarcitória deve ser aquele já existente sobre a pretensão punitiva do Tribunal de Contas, contido na Lei Complementar estadual nº 102/2008.



# A (IM)PRESCINDIBILIDADE DA AUTONOMIA PLENA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS PARA A EFETIVIDADE NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO



## Elke Andrade Soares de Moura

Procuradora-geral 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.

Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

*(Art. 127 da Constituição da República de 1988)*

Muito se discute sobre a autonomia plena (funcional, administrativa e financeira) do Ministério Público de Contas com base na interpretação das normas consagradas na Constituição da República de 1988. Teria o constituinte pretendido atribuir garantias apenas aos membros do *Parquet* especial, deixando à margem aquelas capazes de conferir independência administrativa e financeira a essa instituição ministerial? Seriam essas garantias subjetivas suficientes para assegurar a efetividade dos propósitos constituintes ao conceber a gênese do Ministério Público de Contas nos moldes estabelecidos? Essas são algumas questões que precisam ser enfrentadas se se pretende alcançar a leitura adequada das normas constitucionais inerentes a essa relevante instituição de controle e defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos inserida na estrutura orgânica do Estado Democrático de Direito.

Tal abordagem precisa ter início com a extração da letra constitucional trazida para o tratamento desse ramo especializado do Ministério Público brasileiro: o Ministério Público de Contas. No Título IV – Da Organização dos Poderes, Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, na Seção I – Do Ministério Público, foi reservado artigo específico para destaque do *Parquet* especial:

Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

O primeiro ponto a ser observado é que a norma transcrita inicia sua dicção se referindo aos membros do Ministério Público especializado, com o escopo de tornar patente a existência da inafastável blindagem desses agentes públicos para o fiel cumprimento da missão que lhes foi reservada. Assim, do mesmo modo que buscou assegurar toda a plêiade de garantias aos membros do Ministério Público comum, entendeu o constituinte por bem espantar de dúvidas qualquer possibilidade de tentativa de mitigação dessas indispensáveis garantias aos membros do *Parquet* especial, de modo a garantir-lhes total independência funcional.



Partindo precisamente da compreensão de que o constituinte reservou norma expressa para o resguardo da independência funcional dos membros do Ministério Público de Contas é que as questões postas no início desta reflexão devem ser enfrentadas para que se alcance a adequada exegese, capaz de conferir efetividade à normativa constitucional.

Pois bem. Retome-se a *ratio* para a instituição de um ramo especializado no âmbito do Ministério Público brasileiro. E aqui, antes de qualquer outra consideração, já cabe ressaltar o fato de que, pela simples constatação topográfica do tratamento dado ao *Parquet* especial, isto é, na seção destinada ao Ministério Público, não se pode olvidar a essência ministerial dessa instituição de controle. Assim, desnecessário qualquer esforço interpretativo para que não se cogite da inserção do Ministério Público de Contas dentro da estrutura do Tribunal de Contas, instituição perante a qual, ou junto à qual, exerce suas atribuições, sem que isso implique sua confusão orgânica com aquela.

O Ministério Público de Contas, enquanto ramo ministerial especializado, foi instituído com o propósito de tutelar direitos fundamentais dos cidadãos mediante a fiscalização das matérias de índole financeira, orçamentária, contábil, operacional e patrimonial, ou, em outras palavras, de zelar pelo escorreito manejo das finanças públicas, tanto no que afeta à arrecadação de receitas quanto à realização de dispêndios. Assim, a órbita de sua atuação está adstrita às mesmas matérias de competência dos Tribunais de Contas (órgão responsável pela jurisdição administrativa de contas), funcionando como *custos legis* (fiscal da lei e de sua fiel execução) e somando esforços com as Cortes de Contas para maior eficácia do controle externo, mediante avaliação do planejamento e execução de políticas públicas, defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Na verdade, a função de *custos legis* de que se incumbem o *Parquet* especial ganhou novos contornos com a Constituição de 1988, adquirindo amplitude e ressignificado. O Ministério Público de Contas de outrora passa, com a normativa constitucional trazida pelo constituinte de 1988, à condição de guardião da sociedade (*custos societatis*), responsabilizando-se pela garantia de efetividade do ordenamento jurídico, notadamente no que afeta a direitos fundamentais dos cidadãos.

Tamanha é a relevância dessa instituição, integrante do sistema de controle externo, que o constituinte entendeu por bem, reafirmando a sua essência ministerial, reservar-lhe destaque na seção destinada ao Ministério Público brasileiro. E tal destaque foi necessário para preconizar a essencialidade da presença de um Ministério Público independente também na esfera extrajudicial ou administrativa, atinente à jurisdição de contas.

O que se extrai da Constituição, portanto, é a existência de um Ministério Público, dito comum, para atuação perante o Poder Judiciário, e um Ministério Público especializado, denominado Ministério Público de Contas, para o exercício das funções ministeriais na esfera extrajudicial, qual seja, a jurisdição de contas confiada às Cortes de Contas.

E aos membros desse *Parquet* especializado, na dicção constitucional, apesar de se submeterem a concurso público específico, em função da órbita distinta de sua atuação, fora do Poder Judiciário, devem ser assegurados os mesmos direitos, vedações e forma de investidura dos demais membros do Ministério Público comum, para que estejam resguardados de ingerências indevidas.

Tal tratamento destacado fez com que ficasse consagrado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência dos tribunais superiores, de modo incontestado, o reconhecimento à independência funcional dos membros do Ministério Público de Contas, com todas as prerrogativas a ela inerentes, de forma a garantir-lhes o livre desempenho de suas funções em defesa dos direitos da sociedade. E é precisamente dessa premissa inafastável, atinente à independência funcional dos membros do Ministério Público, seja ele comum ou especial, que se deve partir para uma adequada interpretação constitucional acerca da autonomia plena do *Parquet* de Contas.

A história do Ministério Público brasileiro nos revela a falácia de se pretender assegurar autonomia funcional, sem os pressupostos que lhe garantam efetividade. Ditos pressupostos estão atrelados às condições de procedibilidade, livres de quaisquer embaraços, das atribuições que lhe foram legal e constitucionalmente reservadas.

Antes da Constituição da República de 1988, encontrava-se o Ministério Público em condição de fragilidade institucional, apesar de a seus membros ser assegurada independência de atuação, porquanto se encontrava atrelado ora ao Poder Judiciário ora ao Poder Executivo.

Na verdade, admitindo-se a essencialidade de se conferir independência funcional aos membros do *Parquet*, capaz de assegurar uma atuação isenta de ingerências, necessário sejam consideradas todas as condições para efetividade normativa dessas garantias. Desse modo, qualquer vinculação ou dependência para o exercício dessa atuação acaba por lhe desnaturar o sentido, podendo até mesmo, em certos casos, tornar letra morta a normativa constitucional instituída expressamente para tal fim.

A mudança paradigmática vivenciada a partir do neoconstitucionalismo da segunda metade do século XX impõe a atribuição de normatividade aos princípios, traçando diretrizes para a adequada interpretação sistemática da Constituição e solução de aparentes conflitos normativos. Assim, a correta exegese de qualquer preceito constitucional está a demandar uma visão ampliada, que abarque toda a plêiade de normas (regras e princípios) estruturantes consagradas na Constituição, de modo a conferir-lhe efetividade.

Partindo dessa compreensão, não se pode conceber a dependência financeira e/ou administrativa do Ministério Público de Contas, mormente daquele junto ao qual atua, fiscalizando seus próprios atos no que diz respeito à fiel aplicação da lei – o Tribunal de Contas. Tendo o *Parquet* especial por função tutelar o regular exercício do controle externo e o devido processo legal desenvolvido no âmbito das Cortes de Contas, evidente se torna a possibilidade de mitigação da sua autonomia funcional por parte de quem pode retirar parcela, senão a totalidade, das condições para o desempenho do seu mister constitucional.

Assim, a interpretação adequada do art. 130 da Constituição da República de 1988 precisa considerar, para se conferir efetividade à normativa constitucional, todo o conjunto principiológico que dá suporte ao Estado Democrático de Direito, com as garantias a ele inerentes. Em outras palavras, necessário seja considerada a pluridimensionalidade ínsita à concretização da independência funcional, que extrapola, em muito, a parte atinente exclusivamente às garantias de índole subjetiva. Disso decorre o fato de que, apesar de o constituinte ter reservado norma destacada apenas para resguardo de uma atuação livre de embaraços pelos membros do Ministério Público de Contas, ao estabelecer o campo de garantias subjetivas dos membros do *Parquet* especial, deixou subjacente a imprescindibilidade de salvaguardar as condições de procedibilidade dessa atuação independente. Pode-se arriscar um paralelo à teoria dos poderes implícitos para afirmação da necessidade de serem asseguradas as condições indispensáveis ao resguardo da independência que o constituinte intencionou conferir aos Procuradores de Contas. Afigura-se paradoxal o entendimento que pretenda, pois, admitir a independência funcional dos Procuradores do Ministério Público de Contas sem, no entanto, considerar as condições necessárias para sua efetividade.

Ora, não requer esforço intelectual a constatação de que a dependência, de qualquer natureza, pode minar a possibilidade de um agir livre, indene de qualquer influência, vez que suscetível se torna a sua obstrução pela simples retirada das condições materiais para sua realização. Qualquer tipo de dependência, nesse sentido, poderá transformar a independência funcional em subordinação funcional, imposta por planos administrativos alheios à órbita da própria instituição. Releva salientar, no entanto, que não se pretende afirmar, ainda que sob o influxo da preponderância atual da ausência

de autonomia financeira e, em grande medida, administrativa, da quase totalidade dos Ministérios Públicos de Contas Brasil afora, que essas instituições ministeriais não estejam cumprindo a contento as atribuições que lhes foram confiadas, fruto do esforço hercúleo de seus membros e mesmo da oferta de condições satisfatórias por parte de muitas Cortes de Contas, que enxergam o *Parquet* especializado como parceiro e potencial aliado para o bom êxito do exercício do controle externo. Entretanto, não se pode aceitar que a tão relevante autonomia funcional, essência da normativa insculpida na Constituição para o Ministério Público de Contas, esteja à mercê das boas relações interinstitucionais.

É nessa medida que não apenas se deva admitir, mas recomendar que as legislações estaduais confirmem autonomia financeira e administrativa aos Ministérios Públicos de Contas, a partir da força normativa que irradia da Constituição sobre toda a ordem jurídica. Somente assim, no bojo da autonomia plena, a independência funcional assegurada expressamente pela Constituição poderá ter garantia de efetividade.

A autonomia do Ministério Público foi uma conquista democrática da sociedade brasileira, capaz de conferir-lhe a possibilidade de exercício livre do seu ofício em face de outros órgãos estatais e, de outro lado, o dever de total subordinação às leis e à Constituição, de onde extrai sua existência e norte para um agir vinculado. Nessa senda, não se pode conceber que quaisquer de seus ramos, especialmente aquele que se incumbe de tutelar a regular aplicação dos recursos públicos, capazes de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos densificados na realização de políticas públicas adequadas, universais e inclusivas, não tenha resguardada a possibilidade de desempenhar suas atribuições de forma independente.

Portanto, cabe a todos nós, não apenas membros do Ministério Público de Contas, mas a todos nós cidadãos, notadamente operadores do Direito, a tarefa inadiável de superar essa visão reducionista que pretende admitir a autonomia funcional do Ministério Público de Contas, sem, no entanto, dotá-lo do instrumental necessário para sua efetividade. Esse é um desafio posto a todos nós, para defesa das bases democráticas construídas a duras penas pela sociedade brasileira.

Sabe-se que toda história é um processo, construído em etapas, em busca do seu permanente e necessário aprimoramento, e é passada a hora de se avançar na exata compreensão das intenções constituintes assentadas em nossa Lei Maior com o tratamento conferido a esse ramo especializado do Ministério Público brasileiro, o *Parquet* de Contas, para que tenha meios de explorar toda a sua potencialidade funcional em prol da transformação da realidade social, ajudando a fortalecer o nosso processo democrático em constante (re)construção.

É preciso lutar, pois, por uma compreensão emancipadora, que confira ao Ministério Público de Contas a necessária autonomia plena, implícita nos preceitos constitucionais a partir de sua leitura sistêmica, como demonstrado alhures, para que se possa assegurar que ele se desincumba do seu papel de proteção de direitos da sociedade, tutelando a realização de políticas públicas legítimas, isto é, concretizadoras de direitos fundamentais. Uma compreensão constitucionalmente adequada, capaz de romper as amarras construídas à luz de um paradigma há muito superado, centrado no positivismo ortodoxo, engessado em um sistema jurídico composto apenas por regras. Que possa superar uma percepção que desconsidere a existência de princípios que, tal como as regras, também integram o ordenamento jurídico, servindo-lhe de fundamento. E que não admita uma limitação ilegítima à plenitude da autonomia ministerial, permitindo que essa relevante instituição democrática se torne um protagonista de transformações sociais e indução de boas práticas, exercendo o amplo espectro de suas ações com a necessária isenção, sobretudo na esfera extrajudicial em que atua, contribuindo para a solução pacífica ou consensual de conflitos.

Retomando, assim, as questões inicialmente postas nos prolegômenos desta reflexão, afirma-se, com amparo na base principiológica da nossa Constituição da República que se escolhe firmar, para regência do viver em comum, a imprescindibilidade da autonomia plena do Ministério Público de Contas, nela compreendida a independência funcional e as autonomias financeira e administrativa, como condição à efetividade da normativa constitucional.





## DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS NA ATUAÇÃO FUNCIONAL COMO *CUSTOS SOCIETATIS* E *CUSTOS IURES*



### Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais. Doutorando em Ciências Jurídicas Publicistas pela Universidade do Minho / Braga / Portugal. Mestre em Fundamentos Constitucionais dos Direitos pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

A *quaestio* a que me proponho discorrer está ancorada na análise da legitimidade do Ministério Público de Contas para atuar como autor (representante) de uma ação formulada perante os Órgãos de Controle Externo e ao mesmo tempo como fiscal da lei (*custos iures*) nos processos de jurisdição-administrativa.

Sob esse aspecto, a atuação do Ministério Público de Contas nos processos de fiscalização da gestão de verbas públicas, como legitimado a provocar o pronunciamento do Órgão de Controle Externo competente (Tribunal de Contas), na qualidade de autor de uma representação na tutela de direitos da sociedade (*custos societatis*), não elide ou mitiga a atuação do *Parquet* como defensor da ordem jurídica e da justiça (*custos iures*), havendo ressignificação da sua clássica função de fiscal da lei (*custos legis*).

O reforço desse contexto de múltiplas atribuições não terá o condão de trazer nenhum óbice de atuação em conflito de interesses, posto que os processos no âmbito das jurisdições de contas possuem procedimento especial próprio, diverso da clássica relação jurídica angular dos Órgãos Judiciários (autor-juiz-réu).

Assim, externarei algumas considerações acerca da atuação do Ministério Público de Contas como legitimado imparcial em todos os processos de sua atribuição funcional, mesmo quando autor de uma representação (legitimação concorrente ordinária) e, simultaneamente, atuando como guardião dos interesses da sociedade (*custos societatis*) e defensor da regularidade do ordenamento jurídico (*custos iures*), visando desnudar uma sinergia de competências que possuem como norte a preservação dos interesses públicos e a tutela dos direitos e garantias individuais e coletivos.

As atribuições do Ministério Público brasileiro estão enumeradas no art. 127, *caput*, da Constituição da República de 1988 (CR/88), competindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. É igualmente prevista no § 1º do mesmo dispositivo em destaque a observância dos princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, diretrizes de sua atuação e expressão de sua própria estrutura.

Na mesma sessão da Carta Maior, portanto inserido no contexto orgânico-institucional do Ministério Público brasileiro, edifica-se o Ministério Público de Contas por meio de seus membros pertencentes a um ramo especializado com atuação junto aos Tribunais de Contas do Brasil, como novo ator do exercício da fiscalização e controle externo, visando à fiscalização do cumprimento das normas financeiras e orçamentárias pertinentes às contas públicas, entre tantas outras atribuições (art. 130, CR/88). Aqui, consagra-se a aplicação de todos os direitos e garantias inerentes ao Ministério Público brasileiro, por extensão constitucional aos membros do *Parquet* especializado<sup>1</sup>, incluindo a observância dos princípios da unidade institucional, da indivisibilidade do órgão e da independência funcional de seus integrantes.

<sup>1</sup> Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

Por decorrência lógica de teleologia sistemático-constitucional, o Ministério Público de Contas deve ser identificado como instituição permanente e essencial à administração da Justiça, ainda que sua atuação se dê em âmbito precipuamente extrajudicial. Sem prejuízo, a instituição possui envergadura própria, como previsto na normação da Constituição do Estado de Minas Gerais<sup>2</sup> e na Lei Complementar estadual nº 102/2008<sup>3</sup>. As garantias constitucionais afetas às suas atribuições permitem-lhe atuar como legitimado de uma representação à vista de irregularidades praticadas em detrimento da sociedade e como fiscal da lei e de sua fiel execução, inclusive na defesa dos interesses públicos primários e metaindividuais, máxime no que concerne à regularidade das receitas e despesas governamentais e aplicação esmerada dos recursos pertencentes à sociedade.

Por tais exegeses, o Ministério Público com atuação perante o Tribunal de Contas é órgão especializado, dotado de prerrogativas, competências e atribuições essenciais ao exercício do controle externo contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial da administração pública estadual e municipal, não exercendo suas funções como mero acusador nas representações em que formaliza, dissociando-se, assim, do interesse como parte do processo (autor da ação), mas, sobretudo, agindo em defesa da sociedade e da preservação do cumprimento da lei.

Tal afirmação se reforça pois os órgãos ministeriais especializados de contas são detentores do poder-dever de pugnar pela improcedência de fatos que tenham suscitado em exordial, onde, após se debruçar aos argumentos de defesa (contraditório), restar esclarecido que as questões discutidas se encontram amparadas em lei ou inexistentes. Assim, ao analisar os documentos apresentados pela defesa, pode e deve<sup>4</sup> afirmá-los ou infirmá-los como lícitos ou ilícitos<sup>5</sup>, passíveis de ilidir (ou não) os apontamentos descritos na peça inaugural ou no relatório técnico produzido pelas unidades instrutivas dos Tribunais de Contas.

2 Art. 77. O Tribunal de Contas, com sede na Capital do Estado, é composto de sete Conselheiros e tem quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território do Estado. (...) § 4º – Haverá um Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ao qual se aplicam os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional e ao qual incumbe, na forma de lei complementar, a guarda da lei e a fiscalização de sua execução.

3 Art. 28. O Ministério Público junto ao Tribunal compõe-se de sete Procuradores nomeados pelo Governador do Estado, cujo provimento observará as regras previstas na Constituição da República e na Constituição do Estado. (...) § 3º Ao Ministério Público junto ao Tribunal aplicam-se os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional.

Art. 30. Aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal aplicam-se as disposições da Seção I do Capítulo IV do Título IV da Constituição da República pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura e, subsidiariamente, no que couber, o disposto na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na parte relativa a direitos, garantias, prerrogativas, vedações e regime disciplinar.

4 “Entre as principais características do Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas está essencialmente a de fiscal da lei e a iniciativa, em parte concorrente com a dos titulares dos órgãos técnicos, de promover ações no âmbito do Tribunal. (...) a segurança e a operosidade devem estar em destaque na atuação dos membros desse parquet, conduzidos com a discrição e serenidade próprias dos que reconhecem o valor da nobilíssima e árdua missão que devotam à nação”. Cf. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 827-829.

5 “Desse modo, o Parquet de Contas, ao atuar no exercício de suas competências, visa a um amplo espectro de controle das ações da administração pública que, para além de uma mera análise de legalidade, investiga sua juridicidade, amparando-se no ordenamento jurídico em toda a sua inteireza, como conjunto de regras e princípios que concorrem entre si para a tutela dos interesses dos cidadãos, sejam quando tais atos reflitam prejuízo à coisa pública, sejam quando constituam afronta a direitos individuais ou coletivos. Para que possa exercer seu mister, a Constituição da República de 1988, no art. 130, garantiu aos membros do Ministério Público de Contas o direito à vitaliciedade, à inamovibilidade e à irredutibilidade de subsídios, além da independência funcional, conjunto de garantias que lhes assegura imunidade a alternâncias políticas e a imposições hierárquicas, para uma eficaz atuação nos processos de competência dos Tribunais de Contas como fiscal da lei e de sua fiel execução. Ademais, ao tomar conhecimento de indícios de irregularidade envolvendo atos da Administração, compete ao Ministério Público de Contas apurar os fatos e responsabilidades mediante inquérito; representar perante a Corte de Contas respectiva acerca dos fatos apurados, provocando-a para o exercício de sua jurisdição; e propor ao órgão do Ministério Público estadual ou federal a adoção de medidas necessárias em matérias que extrapolem a sua esfera de competência. Embora a atuação do Ministério Público de Contas seja frequentemente reconhecida por seu caráter repressivo de condutas irregulares praticadas na gestão da res publica, não se pode olvidar a crescente importância e o potencial de seus efeitos preventivos e pedagógicos. Isto, pois, na medida em que se supera a perspectiva unicamente repressiva da relação entre órgão fiscalizador e fiscalizado, possibilita-se a elaboração de práticas de controle externo propositivas, que não se restrinjam à mera correção das condutas do administrador, mas, ao contrário, que impliquem cooperação, orientando a formulação de políticas públicas de modo a otimizar o emprego dos recursos coletivos na concretização de direitos fundamentais dos cidadãos”. Cf. SILVA, Elke Andrade Soares de Moura. *Ministério Público de Contas*. In: CASTRO, Carmem Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga; PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha (Org.). *Dicionário de Políticas Públicas*. Barbacena: EDUEMG, 2015. v. 2, p. 263.

Em consonância com essas orientações, importante lembrar que o Decreto federal nº 392, de 8 de outubro de 1896, que reorganizou o Tribunal de Contas àquela época, já dispunha sobre a atuação desse ramo secular e especializado do Ministério Público brasileiro, conferindo a seus representantes plena liberdade de ação e o dever de zelar pelo fiel cumprimento das leis fiscais e dos interesses da Fazenda Pública.<sup>6</sup>

A legitimidade dos representantes dos Órgãos Ministeriais de Contas para atuarem diretamente em processos de suas atribuições funcionais os autoriza operarem como autor de representações e como fiscal da lei, sem pôr em xeque a legitimidade de ambas, que são complementares num mesmo processo, sobretudo pelo dever de tutela da ordem jurídica e do interesse social, servindo de garante constitucional do devido processo legal (inclusive da ampla defesa e do contraditório), dissociando-se da ideia equivocada de agir por interesses deferidos às partes comuns de um processo judicial clássico, em que, de certo, se aplicaria o direito adjetivo civil ordinário, em que a relação jurídica processual se daria de forma angular (autor, juiz e réu), diversa daquela relação jurídica deferida aos processos de contas.

É necessário lembrar que as relações jurídicas processuais encetadas nas Cortes de Contas são eminentemente lineares, isto é, entre o órgão fiscalizador e o jurisdicionado, sendo órgão acusador do Tribunal de Contas a sua própria Unidade Técnica, onde são descritas em relatórios técnicos as imputações objetivas de eventuais ilícitos imputados aos jurisdicionados, sobre os quais não se pode olvidar a indeclinável oportunidade da ampla defesa e do contraditório. Acerca do cumprimento desses corolários constitucionais, o órgão fiscalizador da sua oportuna realização reside na figura do Ministério Público de Contas, o qual nas próprias representações em que houver formulado funcionará como fiscal da lei em favor do cumprimento dos direitos e garantias constitucionais pelo órgão julgador de contas.

A esse respeito, também é importante destacar as disposições contidas no art. 32, incisos I, VIII e IX, da Lei Complementar estadual nº 102/2008, sobre a competência do Ministério Público de Contas para requerer perante o tribunal as medidas necessárias à proteção do erário (incluindo a formulação de representação), bem como para manifestar-se como fiscal da ordem jurídica nos processos sujeitos à sua apreciação, além da possibilidade de interpor os recursos cabíveis, não havendo que se cogitar de segregação de funções, pois os Órgãos Ministeriais são gravados dos primados da unidade e da indivisibilidade.

A seu turno, o art. 70, § 1º, inciso II, da Lei Complementar estadual nº 102/2008, refere-se expressamente à competência ministerial para oferecer representação em face de ilegalidades ou irregularidades ocorridas no gerenciamento dos recursos públicos, deferindo prerrogativa funcional. De igual modo, merece destaque a regra contida no art. 61, inciso IX, alínea d, c/c § 3º, do regimento interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, pelo qual é deferida ao Ministério Público de Contas oportunidade de oferecer manifestação preliminar e parecer conclusivo como fiscal da lei, tanto nos processos de denúncias quanto nos processos de representações.

De toda sorte, a atuação do *Parquet* especial na condição de colegitimado (representante) e de fiscal da lei (*custos legis*) encontra amparo nas normas de regência da matéria, garantindo-se sua imparcialidade como dever legal decorrente de suas próprias competências constitucionais<sup>7</sup>.

6 Art. 81. O representante do Ministério Público é o guarda da observância das leis fiscais e dos interesses da Fazenda perante o Tribunal de Contas. Conquanto representante dos interesses da Pública Administração, não é, todavia, delegado especial e limitado desta, antes tem personalidade própria e no interesse da lei, da justiça e da Fazenda Pública tem inteira liberdade de ação.

7 Enunciado nº 01/2020 do Colégio de Procuradores do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais: "A atuação do Ministério Público de Contas como legitimado na propositura de representações perante o Tribunal de Contas não afasta a obrigatoriedade de sua atuação como custos legis no mesmo processo, sendo prevento o membro responsável pela demanda, em decorrência dos princípios da unidade institucional, da independência funcional e da imparcialidade na defesa da ordem jurídica e do interesse público".

Igualmente, não há dispositivo legal que obste a participação do Ministério Público nos processos de representação por ele interpostos nas Cortes de Contas, pelo contrário, pode-se afirmar que a intervenção do Ministério Público nos processos de representações em curso nos Tribunais de Contas é obrigatória, indisponível e inderrogável, porquanto presente o interesse público tutelado por legitimação constitucional. Nesse particular, nem mesmo o julgador pode querer criar atribuição a membro do Ministério Público para atuar ou vedar sua atuação, sob pena de se imiscuir em matéria afeta à atribuição funcional do membro representante do *Parquet* especial, a incidir abuso de direito e violação do devido processo legal pela inobservância de normas constitucionais sobejamente demonstradas.

Ora, a partir do momento que determinado órgão ou agente preenche as atribuições fixadas pelo direito positivo (lei) para a prática de um ato, essa capacidade personalíssima e competência funcional passam a ser também um poder-dever de atuação em defesa da sociedade (*custos societatis*).

É preciso clarear que o *Parquet* especial está obrigado a agir na defesa dos interesses da *res publica* perante a jurisdição de contas, porque se trata de dever de ofício – legal e constitucional –, sempre de forma imparcial<sup>8</sup>, devendo, como já ventilado, pugnar pela improcedência de suas representações sempre que presentes argumentos defensivos capazes de elidir as imputações exordiais, ou posteriores da Unidade Técnica, ou do Órgão Julgador, velando pela observância do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, em todos os processos em trâmite nas Cortes de Contas.

Daí, não subsiste qualquer prévia inclinação sobre os fatos, quebra de paridade de armas, desequilíbrio processual, com pleno reforço da fiscalização e cumprimento dos direitos e garantias do jurisdicionado, sob pena de se transportarem – equivocadamente – regras do processo civil e processo penal comum aos processos extrajudiciais de contas, cujas relações jurídicas encetadas são claramente diversas. A atuação do Ministério Público de Contas é sempre voltada à defesa da ordem jurídica, à proteção do patrimônio público e às necessidades sociais, qualquer que seja a mola mestra de legitimação do seu agir funcional, inclusive, colegitimado (representante) ou fiscal da lei (*custos legis*), conforme preconizado no art. 77, § 4º, da Constituição do Estado de Minas Gerais<sup>9</sup>. Em reforço à ausência de desequilíbrio na relação processual de contas ou de observância do devido processo legal especial, as representações ofertadas pelo *Parquet* deferem o direito de defesa dos jurisdicionados logo após a manifestação do Órgão Ministerial na função de *custos legis*, nos termos do art. 5º, inciso LV, da CR/88,<sup>10</sup> c/com art. 307 do RITCEMG, normas que devem ser observadas pelo Órgão Julgador.

Nesse sentir, os jurisdicionados têm a oportunidade de apresentar suas alegações, documentos e justificativas após a manifestação do Ministério Público, a fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa, cabendo sempre ao relator oportunizá-los na hipótese de lançamento de fatos novos.

8 "A independência está para o Ministério Público assim como a imparcialidade está para a Magistratura. É certo que o juiz deve também agir com independência e o membro do MP, com imparcialidade, na medida em que o juiz, para manter-se imparcial, deve ser independente, e o membro do MP, mesmo enquanto parte, deve ter como pressuposto de sua atuação a mesma equidade que se espera do juiz (e não o simples interesse individual ou de grupo, como se tem por legítimo ao advogado). (...) Mais especificamente: quando decide que um determinado bem jurídico atende ao interesse público, e, portanto, merece sua defesa, o membro do MP fá-lo com imparcialidade; mas, a partir daí, é "parte" (genericamente falando), na medida em que defenderá aquele interesse em face de outros interesses. (...) o compromisso do membro do Ministério Público com o interesse público é o compromisso do advogado (advogado do interesse público), portanto, primário, exclusivo, direto, que se confunde com sua própria função, outorgada pela Carta Magna". Cf. TEIXEIRA, Francisco Dias. Princípios Constitucionais do Ministério Público. Boletim Científico, Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU, Brasília, a. I, n. 2, p. 69-82, jan.-mar. 2002.

9 Art. 77, § 4º - Haverá um Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, ao qual se aplicam os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional e ao qual incumbe, na forma de lei complementar, a guarda da lei e a fiscalização de sua execução.

10 Art. 5º, inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.



Quanto ao parecer conclusivo que os Órgãos Ministeriais devem emanar, na forma exigida no art. 61, inciso IX, alínea *d*, do diploma regimental do TCE/MG, é importante ressaltar que se trata de uma análise jurídica na busca da verdade substancial à vista dos autos, com a correta aplicação da lei, motivo pelo qual não podem ser apeados, sob pena de soar como tentativa de obscurantismo formal a eivar os julgamentos da Justiça que devem promover, em especial na responsabilização pela prática de atos ilícitos e recomposição dos cofres públicos. A quem interessa não permitir que os Órgãos Ministeriais atuem como fiscal da lei em processos de contas?<sup>11</sup>

A função de representante – colegitimado na deflagração de ação de controle – não afasta o dever do *Parquet* de Contas de se manifestar no curso dos processos administrativos como defensor da ordem jurídica (*custos iuris*), inclusive, se for o caso, emitindo parecer pugnando pela absolvição dos jurisdicionados<sup>12</sup> com arquivamento do feito ou recorrendo para garantia do cumprimento da lei em favor do jurisdicionado<sup>13</sup>, na hipótese de o eventual conjunto probatório convergir para a regularidade das despesas públicas realizadas, ou no caso de serem demonstrados como escorreitos os atos de gestão, atendendo-se, assim, à tutela dos interesses legítimos da sociedade (*custos societatis*), além da fiscalização do cumprimento do devido processo legal substancial, isto é, processual e materialmente justo.

Resta claro que a atuação do Ministério Público de Contas nas representações de sua autoria deve ser entendida como condição de colegitimação para a deflagração de ação de controle externo, sem interesse como parte calcada nas regras processuais judicantes ordinárias, portanto sem deter parcialidade, podendo vir a se manifestar nos autos até mesmo contrariamente à ação por ele próprio intentada, modificando seu entendimento, se for o caso.

Ainda por ocasião do parecer conclusivo, acaso se exercite qualquer inovação da matéria ventilada pelo Ministério Público ou pelo próprio órgão acusador do Tribunal de Contas (Unidade Técnica), passíveis de ensejar a responsabilidade pessoal dos jurisdicionados, indispensar-se-á novo chamamento ao processo dos interessados, *locus* em que a atividade ministerial de *custos legis* sempre terá vez, com o condão fiscalizatório do escorreito cumprimento do devido processo legal. Sem prejuízo, o parecer conclusivo do Ministério Público de Contas possui caráter opinativo quanto ao mérito, e não vinculativo, de modo que o julgador não está necessariamente vinculado às teses nele explicitadas, exceto as matérias de ordem pública que sempre deverá enfrentar.

11 Não é preciso dizer que, independentemente da distinção entre autor e fiscal, o órgão do Ministério Público poderá sempre pleitear a condenação ou a absolvição, rever posicionamentos próprios ou alheios, recorrer, etc., uma vez que aqueles que o representam não são órgãos da acusação, mas órgãos legitimados para acusar; afinal, há muito está superada a figura do procurador/promotor implacável que persegue condenações a qualquer custo e que contabiliza as absolvições como derrotas e as condenações como vitórias. Cf. QUEIROZ, Paulo. Crítica da intervenção do Ministério Público em segundo grau. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <https://pauloqueiroz2.jusbrasil.com.br/artigos/121941910/critica-da-intervencao-do-ministerio-publico-em-segundo-grau>. Acesso em: 29 set. 2020.

12 “(...) a imparcialidade (ou isenção) é um atributo muito mais evidente no Ministério Público. São muito comuns os casos de absolvição pedidos pelo próprio MP (no caso mensalão, três acusados foram absolvidos a seu pedido) e mais comuns ainda os casos de arquivamento da investigação – sempre pelo MP – por insuficiência de provas, mesmo contrariando as conclusões da polícia. Nos manuais de processo penal, costuma-se ensinar que o MP é uma “parte imparcial”, precisamente por não estar vinculado à obrigação de pedir a condenação custe o que custar. A figura do promotor como “acusador implacável” está superada há muito tempo. O que move o Ministério Público é a promoção da Justiça, seja para absolver, seja para condenar”. Cf. CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. A falácia da “polícia imparcial”. Disponível em: [http://www.prgo.mpf.mp.br/fatotipico/pagina\\_edicoes011-artigo-bruno.html](http://www.prgo.mpf.mp.br/fatotipico/pagina_edicoes011-artigo-bruno.html). Acesso em: 17 set. 2020.

13 “Por isso, deve requerer a absolvição do réu, deve recorrer em favor dele, e enfim, adotar o posicionamento jurídico que lhe corresponda à ideia do melhor direito. É ele, portanto, órgão encarregado da acusação e não órgão da acusação. E a manifestação divergente (absolvição do réu) em relação à posição inicial do Ministério Público na ação (oferecimento de denúncia, por exemplo) nem sempre se justificará pelo princípio da independência funcional. É que, como o contraditório e ampla defesa somente se instauram após as investigações, ou seja, após o juízo positivo de acusação, pode ocorrer que o referido órgão (subscritor da denúncia) modifique seu entendimento a partir da prova produzida na instrução”. Cf. FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. Comentários do Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2016.



Ainda no tema ora em exame, impende destacar que a marcha processual nas representações promovidas pelo Ministério Público de Contas não pode valer-se de preceitos da processualística penal para aplicação subsidiária. A colegitimação dos Órgãos Ministeriais em deflagrar ação de controle externo por representação não lhes confere interesse processual como parte judicante propriamente dita, pois tutelam em nome próprio direitos metaindividuais alheios (*custos societatis*). A propósito, qualquer manifestação conclusiva valorativa acrescida da já esposada, após a submissão do contraditório, imporá ao relator a nova abertura de vistas para manifestação da defesa, conforme já explicitado, mas nunca elidirá o funcionamento dos Órgãos Ministeriais como *custos legis*, isto é, guardiães da tutela dos direitos da sociedade e da ordem jurídica.<sup>14</sup>

De certo, a atuação ministerial como *custos legis* em processos criminais não inflige a garantia do devido processo legal; o mesmo se pode dizer em relação aos processos de contas em curso nos Tribunais de Contas brasileiros. Verificando novas imputações por aditamento, deverá o relator propiciar nova manifestação defensiva, se for o caso. Ainda sob esse aspecto do devido processo legal, é importante lembrar que as unidades instrutivas (Órgãos Técnicos) integrantes da estrutura administrativa dos Órgãos de Contas trazem quase sempre a imputação objetiva que vão lastrar o sistema acusatório nas representações propostas pelos colegitimados e os Órgãos Ministeriais, emergindo na posição de “órgão técnico acusador” da estrutura hierárquica dos próprios Tribunais de Contas, donde se deve assegurar nova oportunidade de defesa aos jurisdicionados após apresentação de relatório técnico de reexame, cujo fiscal do devido processo legal é o Ministério Público na condição de defensor da ordem jurídica, antes da submissão ao julgamento de mérito. Suprimir essa fase é flagrante violação ao devido processo legal.

Sem prejuízo, os Tribunais de Contas não detêm competência ao controle de legalidade de atuação funcional dos procuradores do Ministério Público de Contas nos processos em que funcionem como *custos legis*, sob pena de flagrante subversão ao princípio da unidade e da independência funcional no desempenho de atribuições constitucionais próprias de que são titulares, em nefasta intromissão sequer permitida em lei, a gerar responsabilidades de natureza pessoal pelos excessos praticados.

Qualquer entendimento no sentido de que a posição de colegitimado de uma representação própria retiraria a imparcialidade do membro do Ministério Público de Contas para funcionar como *custos legis* não guarda razão jurídica aos ditames constitucionais para o qual foi instituído, isto é, defesa da sociedade, não se admitindo confusão com o conceito de atuação persecutória penal. A propósito, nos processos de contas, a atuação persecutória é realizada pelo próprio Tribunal de Contas e sua unidade instrutiva – que desempenha as funções de órgão de acusação nas representações –, restando o membro do Órgão Ministerial como “fiel da balança” e fiscal da ordem jurídica da atuação desses dois atores, face às funções típicas deferidas às Cortes de Contas brasileiras, em especial na fiscalização e no julgamento de contas e atos de gestão, emitindo-se parecer nas contas de governo. Além da atividade fiscalizatória em que emergem imputações objetivas acusatórias (relatório técnico), os Tribunais de Contas julgam os achados materiais por si produzidos, reunindo em suas competências constitucionais as funções de órgão acusador e órgão julgador, pelo que não poderá deixar de ser fiscalizado por terceiro imparcial: os Órgãos Ministeriais de Contas.

14 “1. O Procurador de Justiça, ao ofertar parecer em recurso de apelação no qual o Promotor de Justiça oferecera contrarrazões, não viola os princípios do devido processo legal e do contraditório. 2. O Ministério Público tem como uma de suas funções essenciais a garantia da ordem jurídica, atuando em prol dela como *custos legis* (Constituição Federal, art. 127), mercê do exercício de uma das funções institucionais que é a de promover, privativamente, a ação penal pública (Constituição Federal, art. 129, I), situações que não se confundem”. 3. Precedentes: HC n. 81.436/MG, Rel. o Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, j. em 11/12/2001, e RE n. 99.116-6/MT, Rel. o Ministro Alfredo Buzaid, Primeira Turma, DJ de 16/03/84. 4. Recurso em habeas corpus não provido. (STF. RHC 107584, Relator: LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/06/2011, DJe-186 DIVULG 27-09-2011 PUBLIC 28-09-2011 EMENT VOL-02596-01 PP-00066 RTJ VOL-00233-01 PP-00099).





A imparcialidade pré-processual já é ínsita ao Ministério Público de Contas, independentemente do procurador que esteja atuando no feito.<sup>15</sup> Tentar distinguir a figura de atuação de um Órgão Ministerial como parte e um Órgão Ministerial como fiscal da lei em uma relação jurídica linear entre o Tribunal de Contas e o jurisdicionado mostra-se superficial e dissociada do regime jurídico constitucional: defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CR/88).

Ademais, seja qual for o membro da instituição no procedimento, quem atuará no feito será sempre o Ministério Público de Contas, cujas regras de prevenção de atuação são próprias da instituição da qual seus integrantes fazem parte, não havendo nenhum precedente nos Órgãos Ministeriais brasileiros, com violação do princípio do promotor natural, em que haja substituição de membros num mesmo grau de jurisdição em nome de suposta parcialidade pré-processual por funcionar como autor da lide, até mesmo para própria garantia do devido processo legal em favor dos cidadãos (jurisdicionados).

Os membros do Ministério Público de Contas atuam como partes indissociáveis de um todo e mesmo corpo (princípio da unidade institucional), estando ligados pelo sentimento comum da causa pública (interesse público), da finalidade e das responsabilidades funcionais, agindo em nome institucional, e não em nome próprio (por representação). Ou seja, quem está na relação processual é a instituição do “Ministério Público de Contas”, não a “pessoa física” de um procurador, cuja atuação funcional é regida pelas normas emanadas do Colégio de Procuradores do Ministério Público de Contas, como instância administrativa e deliberativa máxima.

Desse modo, o fato de ser colegitimado de uma representação na deflagração de ação de controle de competência do Tribunal de Contas não coloca o Ministério Público de Contas na posição de defesa de interesse próprio, como se parte comum fosse num processo judicial, pela própria conformação constitucional e interesses públicos de que é guardião, mantendo-se incólume em sua imparcialidade.<sup>16</sup>

Assim, o Ministério Público de Contas como um só organismo, uma única instituição, sempre pautará sua atuação na fiscalização dos atos de gestão segundo a plataforma cimentada pela lei, na posição de defensor da ordem jurídica, não importando a que título intervenha – autor, colegitimado ou fiscal – sob o pressuposto de que a Norma Magna representa o interesse da própria sociedade a quem defenderá por atribuição constitucional.

15 “No sistema do CPC/2015, a distinção entre função como parte ou como custos legis é meramente nominal. Na prática, os poderes atribuídos ao Ministério Público na função de custos legis são tão vastos como os dos próprios litigantes, como por exemplo, pedir vistas dos autos depois das partes; ser intimado a participar de todos os atos processuais; produzir provas; requerer medidas processuais pertinentes e recorrer. O Ministério Público “também pode ser titular do direito de recorrer, mesmo quando atue como custos legis, em situações nas quais tenha havido ofensa ao direito objetivo, ao interesse público e ao regime democrático, conforme o art. 127, *caput*, da CF”. Por sua atuação nos autos na defesa do interesse comum, o Ministério Público não precisa demonstrar em que consistiria a utilidade prática que para si adviria em caso de provimento do recurso, e isto vale tanto para o Parquet enquanto parte, quanto interveniente. O recurso interposto pelo Ministério Público na função de fiscal da lei embute a utilidade ou o proveito não como vantagem destinada a beneficiar individualmente o órgão, mas sim como a satisfação que poderá ter, mercê do pronunciamento do órgão ad quem, o interesse sustentado no processo. (...) Ao ingressar no processo, seja como parte ou como fiscal da lei, o Ministério Público estará atuando na defesa do interesse público, de modo que já se lhe reconhecera previamente o interesse”. Cf. SACHET, Márcio André. Interesse recursal no processo civil brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

16 “O mais importante reside, porém, no seguinte: a distinção entre autor e fiscal da lei, apesar de tradicional e recorrente, é infundada, porque pressupõe dualidade onde existe ou deva existir unidade. Com efeito, por ser instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado (CF, art. 127), sua missão constitucional, em todos os processos em que intervém, é sempre a mesma, independentemente de quem a represente (Promotor, Procurador, etc.) e da entidade ou grau de jurisdição (juízo, tribunal, conselhos, etc.) em que atue. Além disso, por ser a instituição una/indivisível, não parece razoável que possa se fazer representar, autonomamente, por mais de um membro num só e mesmo processo, não raro para repisar os mesmos argumentos. Aliás, exatamente por isso, ninguém propõe que, na primeira instância ou nas ações penais originárias, atuem dois Promotores/Procuradores, um como autor da ação penal, outro como fiscal da lei. (...) Mais: a maior ou menor isenção é um atributo personalíssimo, que, como tal, varia de pessoa a pessoa, independentemente da posição em que é chamado a atuar. (...) Também, por isso, é irrelevante a distinção – que não é de natureza constitucional, mas processual – entre parte e fiscal da lei, porque, ainda que eventualmente não seja parte num determinado processo, o Ministério Público é sempre fiscal do ordenamento jurídico, motivo pelo qual a sua intervenção judicial ou administrativa sempre terá essa qualidade como pressuposto lógico inevitável. Quando em juízo, ser fiscal da lei e ser parte significam uma só e mesma coisa: o Ministério Público quando é fiscal da lei, é parte; quando é parte, é fiscal da lei, ou seja, fiscal da Constituição.” Cf. QUEIROZ, Paulo. Crítica da intervenção do Ministério Público em segundo grau. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <https://pauloqueiroz2.jusbrasil.com.br/artigos/121941910/critica-da-intervencao-do-ministerio-publico-em-segundo-grau>. Acesso em: 29 set. 2020.

Outrossim, há claro prejuízo ao interesse público tutelado em representações que sejam julgadas improcedentes e na qual não haja intimação prévia para manifestação do representante do *Parquet*, como *custos legis*<sup>17</sup>. Abrevia-se o feito para pautá-lo em julgamento, sob mitigação de submissão ao Órgão Ministerial controlador, pondo em xeque a lisura do devido processo legal empreendido pelo Órgão de Contas, simultaneamente fiscalizador, acusador e julgador das contas públicas.

Por conseguinte, acerca da existência de normas regulamentares próprias sobre as regras aplicáveis às atribuições funcionais, faz-se, ainda, referência ao instituto da prevenção do procurador que primeiro se manifestar no processo, como se verifica das disposições constantes das Resoluções MPC-MG nº 11/2014<sup>18</sup> e nº 14/2019<sup>19</sup> que regem a matéria, não cabendo a terceiros estranhos ao Órgão Ministerial tentar dispor de maneira diversa, sob pena de malferimento à independência funcional. Aqui, o exercício das funções dos procuradores do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais foi rigorosamente definido em regulamento, não havendo a previsão da atuação funcional de dois membros num mesmo processo e na mesma instância, fato replicado em todos os Órgãos Ministeriais

17 1. Hipótese em que se debate as prerrogativas e a função dos membros do Ministério Público com atuação nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, especialmente nos casos em que figurar o *parquet* como autor na ação originária objeto de recurso. 2. Com efeito, o Tribunal de origem aplicou no aresto recorrido tese consolidada no âmbito desta Corte Superior no sentido de que, nas hipóteses em que o Ministério Público figurar como “o autor da ação civil pública, sua intervenção como fiscal da lei não é obrigatória, além do que a ausência de remessa dos autos à Procuradoria Regional da República, para fins de intimação pessoal, não enseja, por si só, a decretação de nulidade do processo, sendo necessária, para este efeito, a demonstração de efetivo prejuízo processual” (excerto da ementa do REsp 814.479/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010), entre diversos julgados no mesmo sentido. (...) 5. A tese de ausência de nulidade foi estabelecida pelo STJ em casos que, apesar de não ter havido a devida intimação do Ministério Público em segundo grau de jurisdição, houve a preservação dos atos processuais praticados em virtude da inexistência de comprovação de prejuízo. 6. Assim, o que foi estabelecido é que a nulidade não seria reconhecida de plano, salvo comprovação de prejuízo, o que é absolutamente diverso de eventual afirmação de que a intimação pessoal do Ministério Público seria desnecessária. 7. Na prática forense, ainda que a ação tenha sido ajuizada pelo Ministério Público, o membro que oficia em primeiro grau de jurisdição não atua perante o Tribunal *a quo*. Tal função, cabe ao membro do *Parquet* com atribuições em segundo grau de jurisdição, ainda que a atuação como fiscal da lei ou parte acabe se confundindo em diversas hipóteses, o que não afasta a necessidade de intimação pessoal do agente ministerial (com os respectivos autos) para os atos processuais. Inclusive, em temas de manifesta importância como o caso examinado, que envolve a prática de atos de improbidade administrativa, não é razoável admitir a afirmação de que não seria necessária a intervenção ministerial no julgamento do recurso. 8. Ademais, no caso concreto, é importante esclarecer que o Ministério Público formulou pedido de diligência (em 17/1/2012) visando a preservação da regularidade dos atos processuais (e-STJ, fls. 19.038/19.040), o que foi indeferido (em 26/9/2012) pelo digno Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (e-STJ, fls. 19.041/19.044), inexistindo intimação pessoal do *Parquet* estadual. Por ocasião do julgamento do recurso (em 6/11/2012), para o qual o Ministério Público também não foi intimado pessoalmente, a Corte de origem deu parcial provimento ao recurso de apelação, mantendo a sentença, inclusive em reexame necessário. 9. É necessário considerar que a sentença julgou extinto o processo em face da prescrição dos atos ocorridos entre 1994 e 27/1/1999 e “improcedentes os pedidos em relação aos fatos subsistentes, por falta de adequação típica aos tipos legais dos arts. 11 e 12 da Lei 8.429/92” (fls. 18.810/18.816). Nesse contexto, entendo ser manifesto o prejuízo do *Parquet* estadual no caso concreto, ora recorrente. 10. Por ocasião do recurso de apelação, apesar de o recurso ter sido julgado parcialmente provido, houve apenas o afastamento da prescrição, mantida a improcedência da ação de improbidade administrativa, o que afasta, *data maxima venia*, qualquer alegação de inexistência de prejuízo pela ausência de intimação do *Parquet* estadual com atuação perante o Tribunal de origem. 11. Outrossim, é absolutamente questionável o argumento utilizado pela Corte *a quo* no sentido da aplicação do princípio da celeridade processual em detrimento ao devido processo legal, que impõe a regular intimação pessoal do Ministério Público para atuar na sessão de julgamento. 12. Ante o exposto, realinho meu entendimento para acompanhar integralmente o voto-vista proferido pelo Exmo. Ministro Mauro Campbell Marques e retifico meu voto para dar provimento ao recurso especial, a fim de anular os acórdãos que julgaram o recurso de apelação e dos embargos declaratórios, em razão da ausência de intimação pessoal do Ministério Público (STJ. REsp. 1436460/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019).

18 Resolução MPC-MG nº 11, de 18/09/2014 - Art. 2º. Considera-se prevento o Procurador que primeiro se manifestar no processo. (...) § 8º - O disposto neste artigo aplica-se tanto a processos do Tribunal de Contas quanto a notícias de irregularidade, procedimentos preparatórios e inquéritos civis do Ministério Público de Contas. (...) Art. 4º. A redistribuição de processos para Procuradores ocorrerá mediante a compensação entre processos do mesmo grupo de natureza processual. (...) § 3º - Os processos que reingressarem no Ministério Público de Contas com a preexistência de manifestação de Procurador prevento não serão objeto de nova distribuição ou compensação.

19 Resolução MPC-MG nº 14, de 18/12/2019 - Art. 1º. A informação ou documentação enviada ao Ministério Público de Contas que relatar a ocorrência, em tese, de irregularidade no âmbito da administração pública estadual ou municipal será encaminhada à Secretaria do Ministério Público de Contas, que deverá autuá-la como Notícia de Irregularidade e cadastrá-la no Sistema Informatizado do Ministério Público de Contas – SIMP.

§ 1º - As Notícias de Irregularidade receberão numeração sequencial e serão distribuídas entre os Procuradores do Ministério Público de Contas de forma aleatória, alternada e igualitária. § 2º - Para fins de distribuição, a Secretaria do Ministério Público de Contas deverá realizar pesquisa no Sistema Informatizado do Ministério Público de Contas – SIMP e no Sistema de Gerenciamento e Administração de Processos – SGAP, a respeito da existência de procedimentos no Ministério Público de Contas ou no Tribunal de Contas versando sobre o assunto objeto da Notícia de Irregularidade. § 3º - Na hipótese de existência de procedimento no Ministério Público de Contas ou no Tribunal de Contas versando sobre o mesmo assunto, a Notícia de Irregularidade será distribuída ao Procurador prevento, mesmo que ainda não haja manifestação ministerial nos autos, observada a devida compensação.

brasileiros, exceto quando do julgamento em órgãos colegiados em que o Órgão Ministerial recorrente não funcione ordinariamente.

Por todo o exposto, é possível concluir que a atuação dinâmica dos agentes ministeriais perante os Tribunais de Contas representa importante instrumento para a salvaguarda da ordem jurídica e do regime democrático, possibilitando que a gestão do patrimônio público seja devidamente fiscalizada e acompanhada, sempre com o funcionamento do Ministério Público na condição de fiscal da lei (*custos legis*) ou, simultaneamente, sob o título de legitimado de representação (autor), cuja imparcialidade do membro é pré-processual e não inviabiliza o cumprimento de seus deveres de ofício na defesa de interesses da sociedade e dos jurisdicionados sob fiscalização nos Órgãos de Controle de Contas, à submissão de um devido processo legal material no qual são oportunizados a ampla defesa e o contraditório, visando a um resultado substancialmente justo.

## DEVER DE PRESTAÇÃO DE CONTAS: ANÁLISE DE CASO À LUZ DO INTERESSE PÚBLICO ESTRATÉGICO ESTATAL



### Maria Cecília Borges

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora da Escola de Contas e Capacitação Professor Pedro Aleixo.

Objetiva-se, no presente artigo, trazer à baila a discussão acerca do poder-dever do Tribunal de Contas de exigir as prestações de contas, em razão de análise de caso concreto, à luz do interesse público estratégico estatal.

No caso em estudo,<sup>1</sup> examina-se a prestação de contas anual apresentada ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG), que envolvia a análise conjunta de uma peculiar relação societária entre sociedades empresárias de capital público e privado do ramo da mineração no estado de Minas Gerais.

A Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais (Codemig), empresa estatal, firmou contrato com a Companhia Brasileira de Metalurgia e Mineração (CBMM), tendo sido constituída a sociedade denominada Companhia Mineradora do Pirocloro de Araxá (Comipa), da qual a Codemig e a CBMM são sócias. Por meio de referido contrato, a Codemig cedeu seus direitos de exploração do minério e se pactuou que receberia 25% dos resultados de uma sociedade em conta de participação,<sup>2</sup> figurando a parceira privada (CBMM) como sócia ostensiva e a parceira pública (Codemig) como sócia oculta. Referido modelo passou a vigorar ainda na década de 1970.

A exploração de minério realizada pela Comipa nas minas da Codemig e da CBMM possui uma relevância ímpar por ter como objeto o nióbio.

É de se ressaltar a relevância estratégica e econômica do nióbio para Minas Gerais e para o Brasil. Dos próprios *sites* das sociedades empresárias envolvidas,<sup>3</sup> consta:

A aplicação mais importante do nióbio é como elemento de liga, para conferir melhoria de propriedades em produtos de aço, especialmente nos aços de alta resistência e baixa liga, usados na fabricação de automóveis e de tubulações para transmissão de gás sob alta pressão, placas grossas em plataformas marítimas, pontes, viadutos e edifícios. É utilizado, ainda, em superligas que operam a altas temperaturas, como também em turbinas de aeronaves a jato. Pesquisas realizadas e em andamento apontam para novas ligas que utilizem o nióbio, e isso deve ampliar o leque de aplicações do mineral, o que irá aumentar a demanda por sua extração. Segundo informações da CBMM, o óxido de nióbio aumenta o índice de refração das lentes, o que melhora a sua precisão, deixando-as mais finas e leves do que as lentes comuns. O óxido de nióbio é empregado na fabricação de vidros e de cerâmicas especiais utilizadas em receptores de televisão e outros equipamentos. Também é utilizado na produção de catalisadores químicos. Com propriedades de supercondutividade, o nióbio metálico é utilizado nos equipamentos de geração de

1 Texto adaptado do parecer publicado na Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 36, n. 1, jan./jun. 2018. Parecer exarado no Pedido de rescisão n. 912.036/TCEMG, em abril de 2017.

2 Conforme notas taquigráficas do balanço geral do estado de Minas Gerais, exercício 2012, processo n. 886.510/TCEMG.

3 Disponível em: <http://www.codemig.com.br> e <http://www.codemig.com.br/atuacao/mineracao/mineracao-de-niobio/>. Acesso em: 8 jan. 2021.



imagens para diagnósticos médicos, como os aparelhos de ressonância magnética, bem como aceleradores de partículas de alta energia. O nióbio pode ser utilizado em novos processos que envolvem a nanotecnologia, entre eles, na indústria eletroeletrônica.

É de se registrar que a mineração é a principal fonte de receitas da Codemig, as quais são constantemente revertidas em vultosos investimentos realizados pelo Governo de Minas Gerais.<sup>4</sup> Por sua vez, deve ser registrado que a CBMM, localizada em Araxá, detém o monopólio da produção de nióbio, figurando como a principal sociedade empresária produtora e exportadora desse mineral no plano internacional. A CBMM dispõe do maior complexo minero-industrial de nióbio em todo o mundo, tendo o nióbio de Araxá reserva para ser explorado por mais de 400 anos.<sup>5</sup>

Em virtude dessa importância, o TCE/MG escolheu a exploração do nióbio para ser objeto de análise mais aprofundada no exercício em questão, na análise das contas do Governo de Minas Gerais, sendo destacado no voto aprovado:

*(...) se trata de um produto com notável importância estratégica e econômica para Minas Gerais, cujas reservas correspondem a 75,08% das reservas brasileiras, que, por sua vez, concentram 95% das reservas mundiais de nióbio. Além disso, Minas Gerais foi responsável por 91,23% das exportações de ferronióbio em 2012.*

Conforme destacado no Produto 2 apresentado pela equipe de consultores do IPEAD/UFMG, o nióbio é uma das substâncias de mais baixa concentração na crosta terrestre, que tem sido identificado pela indústria siderúrgica como uma alternativa para viabilizar o aumento de resistência mecânica do aço, sem impactar negativamente suas outras propriedades desejáveis, sendo considerado vantajoso em comparação com o vanádio e o titânio. Assim, o nióbio tem vasto potencial de utilização na siderurgia, em setores de tecnologia e até mesmo em segmentos não metalúrgicos. (...).

*Em 2012, a receita decorrente dessa participação nos resultados totalizou R\$749,4 milhões, constituindo a principal fonte de arrecadação da Codemig, equivalente a mais de três vezes o valor de R\$229 milhões que Minas Gerais recebeu a título de CFEM. [g.n]*

Essa relevância do nióbio é evidenciada pelos dados ali apresentados, devendo-se ter em vista que o estado de Minas Gerais se destaca no cenário nacional e mundial, como seu próprio nome diz, em razão da existência e da exploração de recursos minerais. Assim, o nióbio é importante para o estado não apenas para fins financeiros, mas também estratégicos, em face da sua relevância industrial no âmbito mundial.

Revela-se imperioso então apontar que, em referidos autos, a Corte de Contas lançou dúvidas sobre diversas questões, como os preços de exportação, o montante de nióbio produzido no Brasil, entre outras.

Dessa forma, o Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais (MPC-MG), como fiscal da ordem jurídica, na defesa do interesse público, demonstrou sua preocupação com referida parceria e com a retrocitada sociedade em conta de participação estabelecida entre a CBMM e a Codemig, que pode ter ocasionado resultados impactantes na arrecadação desta e, por consequência, do estado de Minas Gerais.

Os princípios constitucionais administrativos presentes no texto do *caput* do art. 37 devem reger toda atividade da administração pública, independentemente de qual seja o regime de sua ação, se público ou privado.

4 Conforme, v.g., previsto no balanço geral do Estado, exercício 2007, processo n. 747.679: "Ressalta-se que o Centro Administrativo do Governo Mineiro, a ser instalado no acesso ao Aeroporto de Confins, definido inicialmente para contratação sob o regime de PPP, em abril/2007, teve seu formato alterado para a modalidade de concessão, realizada pela Codemig e avaliado em R\$ 880 milhões".

5 Disponível em: <<http://www.codemig.com.br>> e <<http://www.codemig.com.br/atuacao/mineracao/mineracao-de-niobio/>>. Acesso em: 8 jan. 2021.

Entre os princípios elencados para apreciação do caso em tela, merece destaque o princípio da publicidade, “importante princípio instrumental, indispensável para a sindicabilidade da legalidade, da legitimidade e da moralidade da ação do Poder Público”.<sup>6</sup> É por meio da publicidade que se viabiliza o exercício dos controles externo e social dos atos da administração pública.

A tentativa de “fuga para o direito privado”, por meio da formalização de sociedade em conta de participação, denominada pela doutrina como “sociedade oculta ou secreta”<sup>7</sup>, na qual a Codemig, empresa estatal da administração indireta do estado de Minas Gerais, figura como sócio participante, é por si só demasiadamente grave. Esse fato, somado à prorrogação do contrato sem licitação ou transparência da contratação por período superior a 30 anos, representa violação frontal aos princípios da publicidade e da moralidade. Reitere-se que referido modelo foi elaborado no estado de Minas Gerais ainda na década de 1970, em pleno regime ditatorial de exceção vivido pelo Estado brasileiro, tendo sido renovado já sob a égide da ordem constitucional vigente de 1988, em afronta direta aos princípios da administração pública e mesmo aos do Direito Privado.

Lado outro, mesmo pela ótica do Direito Privado, haveria violação aos preceitos de ordem pública, limitação à liberdade de contratar. Nesse sentido, Orlando Gomes ensina que:

A liberdade de contratar, propriamente dita, jamais foi ilimitada. Duas limitações de caráter geral sempre confinaram-na: a ordem pública e os bons costumes. Entendia-se, como ainda se pensa, que as pessoas podem auto-regular seus interesses pelo modo que lhes convenha, contando que não transponha esses limites. (...) Em larga generalização, pode-se dizer que as limitações à liberdade de contratar inspiram-se em razão da utilidade social. Certos interesses são considerados infensos às bases da ordem social ou se chocam com os princípios cuja observância por todos se tem como indispensável à normalidade dessa ordem. Diz-se, então que ferem as leis de ordem pública e os bons costumes.<sup>8</sup>

Considerando, ainda, o princípio constitucional da moralidade, tem-se, no mínimo, a caracterização de um contrato imoral.

Os bens e interesses públicos não pertencem à administração pública, tampouco aos gestores, que devem apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, essa, sim, a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos. A administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros.

Sempre que o Estado celebra contratos, ainda que sob a égide do Direito Privado, deve observar os princípios do Direito Público<sup>9</sup>.

Em caso análogo, o Tribunal de Contas da União (TCU), ao analisar sociedades com propósito específico (SPE) da Petrobras, entendeu ser competente para exercer o controle externo sobre essas sociedades.<sup>10</sup>

A criação de sociedade em conta de participação<sup>11</sup> constitui consciente e perversa fuga para o Direito Privado na tentativa de burlar as formas de controle às quais está submetida a administração pública.

6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

7 ASSIS, Olney Queiroz. Direito societário. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004. p. 278.

8 GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 25-26.

9 BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; ARÉDES, Sirlene Nunes; MATOS, Frederico Nunes de (coord.). Contratos administrativos: estudos em homenagem ao professor Florivaldo Dutra de Araújo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

10 TCU. Autos n. 006.232/2008-8. Relator: Min. André Luís de Carvalho. Data da sessão: 3/6/2015. Disponível em: [https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31333838353732&sort=RELEVANCIA\\_&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPL-ETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31333838353732&sort=RELEVANCIA_&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPL-ETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1). Acesso em: 14 set. 2016.

11 Segundo consta da Escritura Pública lavrada no Cartório do 6º Ofício de Notas de Belo Horizonte/MG, Livro 98-A, Folhas 156, cláusula 19ª: “que, como parte integrante e essencial do acordo de associação referido nas cláusulas 4ª e 6ª desta escritura, a CBMM contrata com a Camig [atual Codemig] sociedade em conta de participação, admitindo a Camig como participante nos lucros líquidos realizados no beneficiamento e industrialização do pirocloro que vier a adquirir da Comipa (...)”.





Logo, ao se analisarem os detalhes do caso concreto, a sua constituição configura vínculo jurídico suficiente para caracterizar controle. Ainda que pela ótica do Direito Privado, haveria limitação à liberdade de contratar, já que a formação de “sociedade oculta” por entidade da administração pública, como é o caso da Codemig, leva à violação da ordem pública e dos bons costumes,<sup>12</sup> aplicáveis à gestão do interesse público.

Imprescindível, portanto, que haja controle pela Corte de Contas na fiscalização dos atos e das sociedades, da Comipa e das relações travadas pelas sociedades envolvidas, tendo em vista a relevância estratégica e econômica do nióbio para Minas Gerais e para o país, bem como da participação relevante da Codemig, independentemente das aparências que os agentes envolvidos tentaram dar à realidade manifesta.

Ademais, o vínculo societário com a Codemig, que possui interesse e participação relevantes, aliado ao interesse socioeconômico e estratégico na atividade e ao risco do estado de Minas Gerais tornam inquestionável o dever de prestar contas à sociedade e aos órgãos de controle, sendo irrelevante para essa conclusão eventual forma de constituição da pessoa jurídica, diante do princípio da busca da verdade material, previsto expressamente no art. 104 do regimento interno da Corte de Contas mineira.

No tocante à competência dos Tribunais de Contas, o art. 71, II,<sup>13</sup> e o art. 70, parágrafo único,<sup>14</sup> todos da Constituição da República de 1988 (CR/88), expressam que não apenas os administradores de recursos públicos, mas também os demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, além daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, devem ter suas contas submetidas aos Tribunais de Contas, o que é aplicável a todas as Cortes de Contas, com base no princípio da simetria, sendo nesse exato sentido o que consta do texto da Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989.<sup>15</sup>

O STF se posicionou sobre o tema e ratificou, na oportunidade, o entendimento que já estava evidente no texto constitucional. O ministro Luiz Fux, em voto aprovado pela 1ª Turma, reiterou que a competência de fiscalização do TCU sobre entidades privadas gestoras de recursos públicos existe antes mesmo de essa ser expressamente prevista na CR/88 – antes da edição da Emenda Constitucional nº 19/98, que deu nova redação ao dispositivo –, o que ocorre com base no princípio republicano, não aceitando exceções.<sup>16</sup>

12 GOMES, Contratos, op. cit., p. 25: “Os contratos que têm causa contrária a leis de ordem pública e aos bons costumes são nulos. Declarando-os inválidos, o ordenamento jurídico estatui, por esse modo, limitações de ordem geral à liberdade de contratar”.

13 Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:  
II - julgar as contas dos administradores e 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 público; [g.n]

14 Art. 70. (...)

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, assumia obrigações de natureza pecuniária.

15 Constituição Estadual/MG:

Art. 74 (...)

§ 1º - A fiscalização e o controle de que trata este artigo abrangem:

I - a legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade de ato gerador de receita ou determinante de despesa e do de que resulte nascimento ou extinção de direito ou obrigação; (...)

§ 2º - Prestará contas a pessoa física ou jurídica que:

I - utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar dinheiro, bem ou valor públicos ou pelos quais responda o Estado ou entidade da administração indireta; ou

II - assumir, em nome do Estado ou de entidade da administração indireta, obrigações de natureza pecuniária.

[.....]

Art. 76. O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, ao qual compete: (...)

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bem ou valor públicos, de órgão de qualquer dos Poderes ou de entidade da administração indireta, facultado valer-se de certificado de auditoria passado por profissional ou entidade habilitados na forma da lei e de notória idoneidade técnica; [g.n].

16 Supremo Tribunal Federal. MS n. 26.969. Relator: min. Luiz Fux. Julgado em: 18 nov.2014, 1ª Turma, DJ de 12 dez. 2014.

No caso ora em análise, a Companhia Mineradora do Pirocloro de Araxá, de acordo com escritura pública, tem o propósito de realizar a lavra de pirocloro – uma das principais fontes de nióbio<sup>17</sup> – e minérios de colômbio constantes nas minas sob concessão da Codemig e da CBMM, no município de Araxá, com as descrições constantes na referida escritura. Portanto, um bem sob titularidade da Codemig encontra-se na posse direta da Comipa, que é responsável por realizar a respectiva exploração, o que, apenas por si só, reclama a incidência do art. 71, II, da CR/88, c/c art. 76, II, da Constituição Estadual/MG, fundamentando a competência do Tribunal de Contas para julgar as contas desta e das sociedades entabuladas, verdadeiro poder-dever.

Por sua vez, foi pactuado o recebimento pela Codemig de percentual do lucro líquido, como já mencionado. Contudo, somente com a fiscalização das contas da Comipa e das sociedades relacionadas seria possível verificar o atendimento ao interesse público e a regularidade dos recursos públicos envolvidos.

Fica evidenciado, assim, que a Comipa e as sociedades em análise conduzem à geração de receitas para a Codemig, que se trata de empresa estatal mineira cujo dever de prestar contas ao Tribunal de Contas é inquestionável, o que atrai a aplicação do art. 74, §1º, I, e §2º, da Constituição Estadual/MG.

Assim, o poder-dever de fiscalização desta Corte de Contas e os correlatos deveres dos jurisdicionados em prestar as contas, *in casu*, também se tornam imprescindíveis e indubitáveis. A Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais<sup>18</sup> também nesse sentido dispõe.

Por fim, tendo em vista o entendimento do STF exposto, bem como o do TCU, a manutenção do interesse público prevalece em um juízo de ponderação frente a peculiaridades societárias existentes em determinados arranjos jurídicos, motivo pelo qual não é necessário que esta análise seja aprofundada na seara do Direito Empresarial, as quais são questionáveis, já que as normas constitucionais já demonstram a obrigação da Comipa e das sociedades envolvidas de prestar contas ao TCE/MG.

Portanto, da mesma maneira no caso em exame, considerando que um dos motivos das sociedades em análise, no tocante à visão da Codemig,<sup>19</sup> foi a perpetuação do interesse público na exploração da mina em Araxá para geração de receitas, esta deve ser fiscalizada, motivo pelo qual se impõe o controle externo.

Assim, não resta dúvida de que, seja pelo controle exercido pela Codemig, seja pela relevância e pelo risco para o estado de Minas Gerais, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais é competente para exercer controle externo ora debatido.

Ademais, o vínculo com a Codemig, que possui interesse e participação relevante, aliado ao interesse socioeconômico e estratégico na atividade para o estado de Minas Gerais tornam inquestionáveis o dever de prestar contas à sociedade e aos órgãos de controle.

17 Disponível em: <http://recursomineralmg.codemge.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Niobio.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2021.

18 Lei Complementar estadual/MG nº 102/2008, Art. 3º. Compete ao Tribunal de Contas: (...) III – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens ou valores públicos, de órgão de qualquer dos Poderes do Estado ou de Município ou de entidade da administração indireta estadual ou municipal; (...) XII – fiscalizar as contas das empresas, incluídas as supranacionais, de cujo capital social o Estado ou o Município participem de forma direta ou indireta, nos termos do ato constitutivo ou de tratado; (...) XXIII – fiscalizar a aplicação de recursos públicos estaduais ou municipais repassados a entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado;

19 Segundo constou no Processo n. 912.324/TCEMG, referente ao balanço geral do estado ano de 2013: “Ressalta-se que o acordo existente com a CBMM tem prazo que expira em 1º de janeiro de 2033, ou seja, em menos de vinte anos, o que demonstra a necessidade de visualizar a expectativa de retorno dos investimentos feitos pela Codemig”, cuja aplicação de recursos públicos não sofre uma “despublicização”, nos termos do entendimento do STF, motivo que demanda a devida fiscalização desta Corte de Contas.



## DAS DISPONIBILIDADES DE CAIXA DOS FUNDOS DE PREVIDÊNCIA DOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL



**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.

Abordaremos a controvérsia relativa ao depósito das disponibilidades de caixa dos fundos de previdência do Regime Próprio de Previdência Social.

O sistema previdenciário brasileiro assenta-se em três pilares: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), de caráter contributivo, administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS); o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), de caráter contributivo, assegurado exclusivamente aos servidores públicos titulares de cargo efetivo; e a Previdência Complementar, facultativa, que supre necessidade de renda adicional e pode ser administrada por entidades fechadas ou abertas de previdência complementar, nos termos do art. 33 da Emenda à Constituição da República (EC) nº 103, de 2019.

A reforma do sistema previdenciário, iniciada com a EC nº 20, de 1998, ocorreu com a combinação dos regimes de financiamento, de modo que não suprimiu o regime financeiro de repartição simples e tampouco o substituiu pelo de capitalização.

No sistema de repartição simples (ou sistema de caixa), os benefícios previdenciários são pagos (pelo caixa do Tesouro ou do Instituto de Previdência) com as contribuições recebidas dos segurados. Os recursos faltantes são complementados pelo poder público. Desse modo, cada geração de participantes ativos paga os benefícios da geração que a antecedeu.

No sistema capitalizado (ou pré-financiado), as contribuições previdenciárias recebidas no presente têm por finalidade o pagamento de benefícios futuros. O sistema possui um fundo de ativos gerado pela acumulação das contribuições dos participantes e do ente federado patronal. As reservas são constituídas ao longo da vida do servidor. Assim, cada geração de servidores constitui reservas capitalizadas, que devem garantir o pagamento de seus próprios benefícios futuros.

No RPPS, após a EC nº 20/1998, o modelo capitalizado serve-se para o financiamento dos seus principais benefícios previdenciários – a aposentadoria e a pensão. Mister, pois, um apurado e constante estudo dos seus custos e do respectivo financiamento, sendo necessária a elaboração de cálculos atuariais e revisões periódicas, visando assegurar que os recebimentos de ativos no presente sejam suficientes para a liquidação dos pagamentos futuros.

O sistema capitalizado exige a constituição de vultosas reservas financeiras. A administração desses recursos impõe acurada responsabilidade e controle, eis que servirão para o pagamento de benefícios futuros.

A considerável soma de recursos geridos por esses fundos deve ser amparada por medidas de cunho preventivo, protetor, de salvaguarda, uma vez que é movimentada em instituições financeiras por longos períodos, estando, portanto, exposta a riscos de toda ordem, inclusive aqueles inerentes ao mercado financeiro.

Por isso, dada a natureza dos recursos geridos pelos fundos de previdência do RPPS, os sistemas de controle devem dedicar especial atenção à proteção das suas reservas financeiras, que constituem o requisito para a solidez dos referidos regimes.

Considerando a sua importância para a higidez do sistema previdenciário, passamos a tratar da celeuma sobre o depósito das disponibilidades de caixa dos fundos de previdência do RPPS em instituições financeiras não oficiais.

## 1 Da previsão constitucional relativa à disponibilidade de caixa dos entes federados

A Constituição da República de 1988 (CR/88) estabeleceu, *como regra*, que as disponibilidades de caixa dos estados, do Distrito Federal e dos municípios sejam depositadas em instituições financeiras oficiais, mas previu a *possibilidade* de a *lei* tratar de *excepcionalidades*:

Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central.

§3º. As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, *ressalvados os casos previstos em lei*. (Grifo nosso.)

A regra é o depósito das disponibilidades de caixa em instituição financeira oficial. Entretanto, há possibilidade de *ressalva* ser prevista em lei.

Percebe-se que o objeto tutelado pelo texto constitucional não são apenas as disponibilidades de caixa dos entes federados propriamente ditos, mas também das suas entidades e, inclusive, das empresas por ele controladas.

Resta claro que os recursos dos fundos previdenciários se encontram sob o manto protetor, sejam eles geridos por uma autarquia previdenciária ou instituto previdenciário constituído sob outra natureza jurídica.

## 2 Da necessidade de lei formal para tratar da ressalva constitucional

O constituinte originário tornou obrigatória a regulamentação por meio de *lei formal* de eventual ressalva à regra geral que obriga o depósito das disponibilidades de caixa dos entes federados em instituições financeiras oficiais. Trata-se do princípio da reserva de lei.

Dessa forma, a competência para legislar sobre eventual ressalva à regra do depósito das disponibilidades de caixa dos estados e municípios em instituição financeira oficial é indelegável. Não pode, pois, ser delegada a qualquer outro órgão que não seja a Casa Legislativa, uma vez que qualquer outra fonte infralegal para regulamentar a matéria foi afastada.

## 3 Da natureza da lei exigida para disciplinar a ressalva constitucional

O retorno ao texto constitucional é imprescindível para a identificação da natureza da lei que pode disciplinar a exceção constitucional.

O art. 164, § 3º, da CR/88, encontra-se inserido no Título VI, que disciplina a Tributação e do Orçamento; no Capítulo II, que regula as Finanças Públicas; em sua Seção I, que trata das *normas gerais*:

TÍTULO VI  
DA TRIBUTAÇÃO E DO ORÇAMENTO  
CAPÍTULO II  
DAS FINANÇAS PÚBLICAS  
SEÇÃO I  
NORMAS GERAIS

Por força do art. 163, I, da CR/88, a matéria relativa a *finanças públicas* deve ser disciplinada por meio de *lei complementar*:

Art. 163. *Lei complementar* disporá sobre:

I - *finanças públicas*;

(...).

Por se tratar de matéria afeta ao Direito Financeiro, a edição de normas gerais é da competência legiferante da União:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, *financeiro*, penitenciário, econômico e urbanístico;

(...)

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a *competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais*.

O art. 40, § 22, introduzido pela EC nº 103, de 2019, dispõe que o *modelo de arrecadação, aplicação e utilização dos recursos do RPPS* deve ser regulamentado por meio de *lei complementar federal*:

Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

(...)

§ 22 - Vedada a instituição de novos regimes próprios de previdência social, *lei complementar federal* estabelecerá, para os que já existam, normas gerais de organização, de funcionamento e de responsabilidade em sua gestão, dispondo, entre outros aspectos, sobre:

I - requisitos para sua extinção e consequente migração para o Regime Geral de Previdência Social;

II - *modelo de arrecadação, de aplicação e de utilização dos recursos*;

(...)

V - condições para instituição do fundo com finalidade previdenciária de que trata o art. 249 e para vinculação a ele dos recursos provenientes de contribuições e dos bens, direitos e ativos de qualquer natureza; (...). (Grifo nosso.)

O constituinte reformador de 2019 foi expresso ao exigir que o modelo de aplicação e utilização dos recursos dos RPPS seja disciplinado por norma geral editada por lei complementar federal.

Logo, concluímos que as disponibilidades de caixa dos entes públicos devem ser depositadas, em regra, em bancos oficiais, salvo se *lei complementar nacional* dispuser de forma diferente.

#### 4 Da legislação complementar nacional vigente

No exercício da sua competência legisladora para dispor sobre normas gerais de Direito Financeiro, a União editou a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) – Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 –, que, em seu art. 43, dispõe:

Art. 43. As disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o § 3º do art. 164 da Constituição.

§ 1º As disponibilidades de caixa dos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos, ainda que vinculadas a fundos específicos a que se referem os arts. 249 e 250 da Constituição, ficarão depositadas em conta separada das demais disponibilidades de cada ente e aplicadas nas condições de mercado, com observância dos limites e condições de proteção e prudência financeira.

§ 2º É vedada a aplicação das disponibilidades de que trata o § 1º em:

I - títulos da dívida pública estadual e municipal, bem como em ações e outros papéis relativos às empresas controladas pelo respectivo ente da Federação;

II - empréstimos, de qualquer natureza, aos segurados e ao Poder Público, inclusive a suas empresas controladas. (Grifo nosso.)

A LRF, além de não prever qualquer exceção à regra geral, disciplinou, em seu art. 43, outras normas que reforçam o caráter nitidamente protetor, que visam à salvaguarda das disponibilidades de caixa dos fundos de previdência do RPPS.

#### 5 Do conceito de instituições financeiras oficiais

Por fim, é importante observar que a definição de instituições *financeiras oficiais* é tema de discussões doutrinárias.

Há quem sustente que as disponibilidades de caixa possam ser aplicadas em qualquer instituição bancária legalmente constituída e autorizada a funcionar pelo Banco Central.

Todavia, como a lei e a Constituição não contêm palavras inúteis, entendemos que a interpretação correta para a expressão “instituição financeira oficial” é “instituição financeira pública”, ou seja, aquela controlada pelo poder público.

Outra interpretação do texto constitucional implicaria a absurda hipótese de uma lei autorizar o depósito de recursos públicos em instituição financeira clandestina ou irregular. Trata-se, evidentemente, de interpretação constitucional desarrazoada e antijurídica.

Corroborando esse posicionamento a definição de “instituições financeiras oficiais” do professor Caldas Furtado:<sup>1</sup>

(...) querer que a expressão *instituições financeiras oficiais*, cunhada pelo constituinte de 1988 no preceptivo sob exame, tenha o significado de instituições financeiras legalmente constituídas e autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, é pretender reduzi-la à inutilidade, uma vez que não se tem notícia de banco que não esteja autorizado pelo Banco Central.

Sabe-se, porém, que é princípio basilar da hermenêutica jurídica que a lei não contém palavras inúteis; tratando-se de termos constantes na Lei Fundamental, esse argumento de

1 FURTADO, J. R. Caldas. Direito Financeiro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 503-504.





interpretação fica ainda bem mais contundente. O certo é que o vocábulo *oficiais* não pode figurar na Lei Maior desprovido de qualquer valor.

Confira-se o entendimento de Flávio C. Toledo Jr. e Sérgio Ciquera Rossi citados ainda pelo professor Caldas Furtado, na mesma obra:

(...) ao contrário do que alguns afirmam, instituição financeira oficial não é aquela regularmente habilitada pelo Banco Central; afinal, todas o são. O comando constitucional refere-se a instituição financeira controlada pelo Poder Público, a exemplo do Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e os bancos estaduais ainda não privatizados. É nelas que a Administração Municipal depositará seus haveres de caixa.

Desse modo, concluímos que instituição financeira oficial é instituição financeira pública, controlada pelo poder público.

## 6 Conclusão

O constituinte originário, ao determinar que as disponibilidades de caixa dos estados, do Distrito Federal e dos municípios sejam depositadas em instituições financeiras oficiais, incluiu não só os recursos dos órgãos, mas também das entidades e até mesmo os das empresas por eles controladas. Portanto, os recursos dos institutos de previdência estão incluídos na limitação constitucional (art. 164, § 3º).

É clara a intenção do constituinte originário de proteger os recursos públicos. No mesmo sentido é a preocupação do legislador ao tratar, na LRF, das disponibilidades de caixa dos regimes de previdência.

No caso dos fundos de previdência dos RPPS, a cautela deve ser ainda maior, haja vista que eles são fortemente capitalizados e seus recursos são guardados durante longo período para uso futuro, razão pela qual a sua administração deve ser a mais prudente.

Não há lei complementar nacional que discipline ressalva à regra do depósito das disponibilidades de caixa dos RPPS em instituição financeira oficial. Pelo contrário, a lei vigente que trata da matéria (LRF) não contém exceção à regra geral, mas, de outro modo, abriga, em seu art. 43, normas que reafirmam a regra geral constitucional.

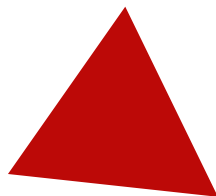
Por fim, destacamos a inovação introduzida pela EC nº 103/2019, que acrescentou o inciso XIII ao art. 167 da CR/88 e vedou a transferência voluntária de recursos, a concessão de avais, as garantias e as subvenções pela União, e a concessão de empréstimos e de financiamentos por instituições financeiras federais aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios na hipótese de descumprimento das regras gerais de organização e de funcionamento de regime próprio de previdência social.

Por todo o exposto, entendemos que não existe autorização legislativa excepcional para o depósito de recursos dos fundos de previdência do RPPS em bancos não oficiais, isto é, em instituições financeiras não controladas pelo poder público.



# **Artigos de jurisprudência**

# O CONTROLE DOS SUPRIMENTOS GOVERNAMENTAIS PELO TRIBUNAL DE CONTAS: UMA ANÁLISE DA DENÚNCIA Nº 1.066.682, DO TCE/MG\*



## Jair Eduardo Santana

Mestre pela PUC de São Paulo e Advogado.  
Administrador certificado pelo ICSS (ênfase em Investimentos).

## 1 BREVE INTRODUÇÃO AO TEMA

Valendo-me de acórdão proferido pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG) – adiante será referenciado –, aproveitei a especial oportunidade<sup>1</sup> para apartar e enfatizar aspectos da decisão que estão entrelaçados com as atividades de controle da administração pública e dizem respeito aos suprimentos governamentais<sup>2</sup> (corriqueiramente denominados de “licitações públicas” ou “compras públicas”).

Dito acórdão, tal qual muitos outros oriundos das mais diversas Cortes de Contas em nosso país, destaca a permanente necessidade de “planejamento das compras públicas”. E, muito embora haja nesse setor uma antiga e insistente recomendação (ou determinação) para “haver planejamento”, é fato que na prática o assunto desde sempre deixa muito a desejar. No geral, a palavra “planejamento” é despida de qualquer significado concreto.

Nesse contexto, a atividade de controle da administração pública – especialmente aquela exercida no âmbito das competências dos Tribunais de Contas – se apresenta como via adequada para introjetar e transformar a letargia do “planejamento” em hábito e local comuns, fazendo com que as principais atividades do ciclo dos suprimentos públicos sejam submetidas à devida planificação.

## 2 ACÓRDÃO DO TCE/MG (DENÚNCIA Nº 1.066.862)

De modo resumido,<sup>3</sup> a Denúncia nº 1.066.862, voto de Relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio (julgamento em 03.03.2020, por unanimidade), tratou de revogação (irregular) de pregão presencial, deflagrado por determinada Prefeitura Municipal objetivando a locação de tendas, barracas, banheiros químicos, som/iluminação e palco para as comemorações do aniversário de emancipação político-administrativa do município.

Decorrido o certame e feita a declaração dos vencedores, a Autoridade Máxima entendeu por bem revogá-lo ao argumento de que os preços estavam acima do praticado no mercado, ocorrendo um equívoco na obtenção dos valores de referência, os quais não refletiam a realidade do mercado.

\* Artigo inédito

1 Honrado recebi o convite para colaborar com a Revista do MPC-MG (Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais), **Controle em Foco – Revista do MPC/MG**, a qual fora criada por Resolução (nº 17) em 29 de outubro de 2020. E, de modo específico, nos foi dada a grata incumbência de escrever artigo de jurisprudência comentada.

2 Sobre *Supply Chain Management (SCM) e o Setor Público*, consulte SANTANA, Jair Eduardo. Termo de referência e compras públicas. *Revista Soluções em Licitacoes e Contratos*, São Paulo, ano 3, ago. 2020.

3 Substrato no Informativo de Jurisprudência do TCE/MG (Belo Horizonte, 1º de março a 15 de março de 2020, nº 210).



Por não haver tempo hábil para realizar novo procedimento, a administração pública contratou diretamente uma associação para a execução dos serviços do certame revogado, o que geraria economia para os cofres públicos.

Enfrentando os fatos, o relator firmou premissa básica segundo a qual há de se observar que, antes de celebrar qualquer contrato, decorrente de procedimento licitatório ou de contratação direta, a administração pública deve apurar o valor estimado da contratação.

Destacou o relator, ainda, que o prefeito, ao utilizar a justificativa de uma discrepância entre os preços orçados no pregão com a média daqueles praticados em anos anteriores para a realização do mesmo evento para revogação do certame, somada à falta de tempo hábil para a deflagração de um outro certame, para, assim, contratar a prestação do mesmo objeto licitado por meio de um convênio, revela, no mínimo, falta de planejamento para a realização de um evento que é anualmente comemorado no município.

Mesmo que a defesa tenha alegado boa-fé e a realização de contratação mais vantajosa para a administração, o voto do conselheiro julgou procedente o presente apontamento de irregularidade denunciado (no sentido de entendimento da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas) e aplicou multa ao prefeito municipal no valor de R\$ 2.000,00, tendo em vista que *a revogação do certame se deu pela falta de planejamento, e não por fato superveniente*, como previsto no art. 49, caput, da Lei nº 8.666/1993, eis que os preços pesquisados e orçados compuseram o Termo de Referência do procedimento licitatório. Restou a recomendação ao gestor para que, nos certames posteriores, *antecipe o planejamento das licitações* para a realização do evento, efetivando previamente a pesquisa de preços, priorizando a qualidade e a diversidade das fontes para obtenção de preços mais próximos e condizentes com a realidade do mercado.

Entendeu o relator que a contratação, “travestida de emergencial” via convênio com a associação, foi causada pela desídia administrativa, na linha da Segunda Câmara do TCU, na Decisão nº 300/1995 e no Acórdão nº 771/2005, ao tratar da dispensa prevista no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, em que se discorreu que a *“falta de planejamento do administrador não é capaz de justificar a contratação emergencial”*. E, na Decisão nº 138/1998 – Plenário TCU, constou que *“não pode o administrador incorrer em duplo erro: além de não planejar as suas atividades, permitir que a sua desídia cause maiores prejuízos à Administração e/ou a terceiros”*.

### 3 COMENTÁRIOS

O fato central da Denúncia nº 1.066.862 – a revogação do certame realizado – é antes de tudo ato administrativo e, como tal, deveria respeitar com precisão os contornos previstos nas normas de incidência. O desfazimento da licitação por revogação<sup>4</sup> (diz a norma) deve ser fundamentado em “razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta” (art. 49 da Lei nº 8.666/1993).

Como pontuou o relator por outro modo, não se enquadra no conceito de “fato superveniente” o suposto equívoco na formação dos preços da licitação realizada.

Aparentemente simples, o caso desperta muita atenção porque o objeto contratado (locação de tendas, barracas, banheiros químicos, som/iluminação e palco) se destinava às comemorações do aniversário de emancipação político-administrativa do município, festejo que paradoxalmente se realiza anualmente naquela cidade.

<sup>4</sup> Que não se confunde com a anulação.

Sob tal perspectiva, emerge como tema periférico, transmudando-se para assunto principal, a desídia para com o “planejamento da licitação” porque teve a administração pública quase um ano, passado o festejo, para preparar as comemorações do ano subsequente.

Essa dimensão sempre nos importou demasiadamente. A nossa antiga insistência e obsessão para tal ponto nos levou a publicar<sup>5</sup> no passado, entre outros trabalhos acadêmicos, o livro *Planejamento nas licitações e contratações governamentais: estratégias para suprimentos públicos*, obra de objetivos sincrônicos àqueles que visam disseminar a cultura do planejamento nas aquisições governamentais.

Entendo que diversos fatores contribuem para o generalizado descaso no tocante a essa fase ou etapa importante do ciclo das compras públicas.

Um desses fatores (segundo imaginamos) é a ausência de norma impositiva, mitigada doravante pelo recente marco regulatório aprovado<sup>6</sup> pelo Parlamento nacional (em fase de sanção no momento em que se produz este artigo).

A nova norma, tal qual aprovada pelos legisladores, dedica (enfim) inúmeros mandamentos destinados ao planejamento dos suprimentos.

No entanto, tenhamos ou não comandos deontológicos em breve (pela nova norma), surgirá por certo a necessidade de “introjeção dessa cultura planificadora em nosso meio”, pois de nada adiantará se não houver acatamento da lei. O ingrediente comportamental (que refoge do mundo do “dever-ser”) é superlativo entre nós, brasileiros.

Tive a oportunidade de registrar<sup>7</sup> que:

(...) a palavra planejamento não costuma fazer parte do glossário brasileiro. Faz parte da cultura nacional exatamente o inverso: o não-planejar. Arrisco dizer que somos o povo do não-planejamento.

Não tenho autoridade para discutir a dimensão disso nos domínios antropológico, socioeconômico ou em outros que se queira pontuar o tema. Mas sob o aspecto das estruturas governamentais posso afirmar que a premissa posta é válida e no Setor dos Suprimentos Públicos não é diferente. Estamos longe de efetivar um planejamento mínimo.

Sempre divulguei,<sup>8</sup> com olhos para a regulação de outros países,

(...) uma curiosidade bem marcante no tocante ao gasto público que está embalado pela lei orçamentária anual. Esta autoriza a realização de despesas e fixa, de modo estimado, os ingressos que advirão para os cofres públicos.

Sabemos de antemão ao exercício financeiro vindouro todas as despesas que serão realizadas (porque isso é uma autorização dada pelo Parlamento segundo as nossas regras orçamentárias). Mas não temos ideia, curiosamente, de um plano de prévio e anual de compras públicas que, noutra dimensão, gerarão as já autorizadas despesas. Esse já é um dado assustador.

É dizer: não nos preparamos previamente para realizar as “compras públicas”.

5 SANTANA, Jair Eduardo. *Planejamento nas licitações e nas contratações governamentais*. Estratégias para suprimentos públicos. Curitiba: Editora Negócios Públicos, 2015.

6 Projeto de Lei – PL nº 4253/2020 aprovado no Senado Federal; substitutivo aos Projetos 163/1995 e 559/2013. Relator senador Antônio Augusto Junho Anastasia. Dito PL “Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; altera as Leis nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, e as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e nº 10.520, de 17 de julho de 2002”.

7 SANTANA, *Planejamento nas licitações e nas contratações governamentais*, op. cit.

8 *Ibidem*.



No entanto, simplesmente “fazer um plano prévio e anual de compras” não é tão somente “relacionar as compras do próximo ano”. E, como disse o ministro Bruno Dantas do TCU, no Acórdão nº 588/2018 – Plenário, referindo-se a tema análogo, “tem-se o risco de que a estratégia não passe de ‘pedaços de papel’”.

Longe estamos do ideal<sup>9</sup> e talvez a nova norma possa trazer alento ao setor.

De regra não temos indicadores para os Suprimentos, raramente falamos em metas, desempenho, avaliação dos riscos, de performance e assuntos tais inerentes ao Setor.

Dentre nós raramente se vê algo sistêmico, consistente e de resultados efetivos. É que para levar adiante um simples plano, dezenas, centenas ou talvez milhares de ações sejam necessárias; e devem ser coordenadas entre os diversos atores que integram o processo.

Enfim, às vezes me deparo com pessoas bem intencionadas e cheias de ótimas ideias em torno das Compras Públicas. Por vezes medidas tópicas fantásticas são postas em discussão. Porém – no geral – estão acompanhadas da linearidade comum ao pensamento cartesiano. E não se chega a ótimos resultados exatamente pela falta de planificação.

É quando me vejo obrigado a lembrar que **um punhado de boas ideias não é necessariamente um plano**. Aliás, **“um plano bem detalhado pode ser até animador, mas não é uma estratégia”**.<sup>10</sup>

Na minha visão e dizendo por outras palavras, o ideal seria<sup>11</sup>

(...) a instituição, por lei nacional, da obrigatoriedade de elaboração de plano anual de contratações devidamente acoplado aos resultados previstos para os respectivos programas governamentais, estes expressos – por exemplo – no plano plurianual. É dizer, se as compras públicas possuem funções (e, de fato, possuem) estas deveriam ser decantadas sob a forma de políticas inseridas nos diversos planos governamentais e estes, de sua vez, haveriam de ser a matriz ou, no mínimo, vetorizar os suprimentos públicos para que estes cumprissem, de fato, as suas relevantes funções.

E que pudessem elas, as compras públicas, serem avaliadas por seus resultados, uma vez avaliados os seus custos e metas, tudo alinhado com os planos estratégicos porventura existentes de modo a subsidiar os planos orçamentários.<sup>12</sup>

Uma vez que tenhamos norma impondo a obrigatoriedade de planejamento para as compras governamentais, persisto nutrindo a crença de que os Tribunais de Contas possuem destacado papel que está predestinado à promoção das melhorias e do aperfeiçoamento que se fazem necessários para esse assunto.

Por tal caminho e reforçando cada vez mais o foco no “planejamento das compras públicas”, seguramente haverá melhor performance de modo que indicadores básicos, como o tempo, o valor e a qualidade, se juntarão à efetiva entrega e ao combate à corrupção e ao desperdício, materializando os principais vetores que informam o setor.

Ou seja, o futuro próximo do controle externo sobre os suprimentos governamentais encontrará terreno fértil no tema “planejamento das compras públicas”.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> MARTIN, L. Roger. Jogando para vencer. Como a estratégia realmente funciona. *Harvard Business Review*, Brasil, jan. 2014. p. 51.

<sup>11</sup> SANTANA, Jair Eduardo. *Termo de Referência. O Impacto da Especificação do Objeto e do Termo de Referência na Eficácia das Licitações e Contratos*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

<sup>12</sup> Vide o PL nº 4253/2020 aprovado no Senado Federal, do qual consta: “os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, *elaborar plano de contratações anual*, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, *garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias*.” E também: “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*.”

## 4 SUGESTÃO DE LEITURA

O referencial bibliográfico aqui deixado a título de sugestão de leitura é parte da fonte de consulta que utilizo para pesquisas e produção científica. O leitor, querendo aprofundar nos temas, encontrará fundamento seguro para a melhor compreensão do grande universo que é o assunto *suprimentos governamentais*.

AMTOWER, Mark. *Selling to the Government*. New Jersey: Hoboken, 2011.

ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional: as forças ocultas que formam as nossas decisões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ARISTÓTELES. *Poética e tópicos*, I, II, III e IV. Tradução de Marcos Ribeiro Lima. São Paulo: Hunter Books, 2013.

BANDIERA, Oriana; PRAT, Andrea; VALLETTI, Tommaso. Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a Policy Experiment. *The American Economic Review*, v. 99, n. 4, p. 1278-1308, Sept. 2009.

BRAZIL. *Country Procurement Assessment Report*. Report nº 28446-BR. World Bank, 2004.

CAMARÃO, Tatiana. Estudo Técnico Preliminar: arquitetura, conteúdo e obrigatoriedade. *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 3 jan. 2020. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/03/estudo-tecnico-preliminar-arquitetura-conteudo-obrigatoriedade-e-a-previsao-no-pl-1292-95/>. Acesso em: mar. 2020.

CAMARÃO, Tatiana. *O PL nº 1292/95 e a importância do planejamento das contratações*. *Observatório da Nova Lei de Licitações*, 4 nov. 2019. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2019/11/04/o-pl-no-1292-95-e-a-importancia-do-planejamento-das-contratacoes/>. Acesso em: mar. 2020.

CAMARÃO, Tatiana; BRITTO, Isabella. Maturidade e qualificação da etapa de planejamento das contratações públicas. *Revista Consultor Jurídico*, Opinião, 10 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/maturidade-qualificacao-etapa-planejamento-contratacoes-publicas>. Acesso em: mar. 2020.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Versão eletrônica. Tradução de Enrico Corvisieri. Grupo Acrópolis (Filosofia). Disponível em: <http://br.egroups.com/group/acropolis/>. Acesso em: mar. 2020.

GENSLER, Harry J. *Introdução à lógica*. São Paulo: Paulus, 2016. Coleção Lógica.

GOOD PRACTICE CONTRACT MANAGEMENT FRAMEWORK. NAO - Marketing & Communications Team. GB. DP Ref: 008821-002.

MARTIN, L. Roger. Jogando para vencer: como a estratégia realmente funciona. *Harvard Business Review*, Brasil, jan. 2014.

MINTZBERG, Henry. *Strategy Bites Back: It Is Far More, and Less, than You Ever Imagined*. New Jersey: Financial Times Press, 2005.

MOTTA, Alexandre Ribeiro. *O combate ao desperdício no gasto público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compras privado, público-federal norte-americano e brasileiro*. Campinas: Unicamp, 2010. (Mimeo.)

OCG - Office of Government Commerce. *Supply chain management in public sector procurement: a guide*. London, 2006.



ROSENKÖTTER, Annette et al. *Promoting Professionalism and Best Practice in public procurement policies*. Policy Department Economic and Scientific Policy – European Parliament. Bruxelas, apr. 2007.

SACRINI, Marcus. *Introdução à análise argumentativa: teoria e prática*. São Paulo: Paulus, 2016. (Coleção Lógica.)

SANTANA, Jair Eduardo. *Planejamento nas licitações e nas contratações governamentais*. Estratégias para suprimentos públicos. Curitiba: Editora Negócios Públicos, 2015.

SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico. Sistema de Registro de Preços. Manual de Implantação, Operacionalização e Controle*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SANTANA, Jair Eduardo. *Termo de Referência. O Impacto da Especificação do Objeto e do Termo de Referência na Eficácia das Licitações e Contratos*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SANTANA, Jair Eduardo. Termo de referência e compras públicas. *Revista Soluções em Licitações e Contratos*, São Paulo, ano 3, ago. 2020.

SANTANA, Jair Eduardo. A sustentabilidade não se resume ao aspecto econômico. *Revista Negócios Públicos*, Curitiba, Editora Negócios Públicos, maio 2009.

SANTANA, Jair Eduardo. *Pensamentos linearcartesiano, sistêmico e complexo aplicados à governança pública: as aquisições governamentais*. XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena, Colombia, 30 oct. - 2 nov. 2012.

SOUZA, Kleberon Roberto de; SANTOS, Franklin Brasil. *Como combater o desperdício no setor público: gestão de riscos na prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

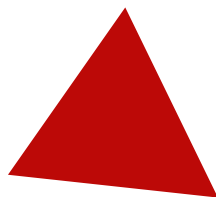
TERRA, Antônio Carlos Paim. *Compras públicas inteligentes: um modelo de análise estratégica para a gestão das compras públicas – estudo de caso do instituto do meio ambiente e dos recursos hídricos do distrito federal*. 2016. 251 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública em Rede Nacional) – Programa de Pós-graduação em Administração, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2016.

TERRA, Antônio Carlos Paim. *Compras públicas: para além da economicidade*. 1. ed. Brasília: Enap, 2019.

TREPT, Peter. *Public Procurement in the EU*. New York: Oxford Press, 2007.

URBANO, Ziles. *Teoria do conhecimento e teoria da ciência*. São Paulo: Paulus, 2005. (Coleção Filosofia.)

# IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NA ESFERA PÚBLICA: UMA ANÁLISE DO ACÓRDÃO Nº 1.905/2017, DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO\*



**Tatiana Camarão**

Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG. Diretora Secretária do Instituto Mineiro de Direito Administrativo. Professora de Direito Administrativo

## 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

De acordo com o Tribunal de Contas da União (TCU), a governança pública organizacional compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.<sup>1</sup>

Em verdade, a governança se propõe a preservar o valor da organização, o que, transportado para a realidade das organizações públicas, representa o atendimento da finalidade para a qual o órgão ou entidade pública foi criado, por meio da condução de políticas públicas e da prestação de serviços com eficiência, qualidade e ética.

É consabido também que um dos pilares da governança é a integridade,<sup>2</sup> a qual tem o objetivo de assegurar que a organização está em conformidade com as leis e os princípios éticos, bem como o de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, detecção, punição e remediação de fraudes e atos de corrupção.

O programa de integridade nas organizações públicas assume especial importância para a efetividade da Lei Anticorrupção Empresarial – Lei nº 12.846/2013, pois há que se ter uma sinergia entre o *compliance* público e privado, assegurando relações ético-negociais aceitáveis.

Nessa toada, o PL nº 4.253/2020, que cria o novo marco legal das licitações e contratos administrativos, destaca, notadamente, o programa de integridade, tornando obrigatória a sua apresentação pelo contratado, especialmente nas contratações de grande vulto. A apresentação e qualidade do programa também ficam estabelecidas como critério de desempate e medida de mitigação de penalidades.<sup>3</sup>

---

\*Artigo inédito.

1 Referencial Básico de Governança Organizacional para Organização e outros entes jurisdicionados ao TCU, 3ª edição, p. 36.

2 Art. 3º do Decreto nº 9.203/2017

3 Art. 25, § 4º. Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

Art. 59. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:  
(...)

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

Art. 155. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

(...)

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

(...)

V - a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

Art. 162. Parágrafo único. A sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do caput do art. 154 desta Lei exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento do programa de integridade pelo responsável.



Ocorre que a maioria dos órgãos e entidades públicas sofre com a ausência dos parâmetros que compõem o sistema de integridade.

O Acórdão nº 1.905/2017 – Plenário do Tribunal de Contas da União, de relatoria do ministro Marcos Bemquerer, evidencia essa realidade. O estudo, voltado à coleta e análise de informações acerca do estágio de implantação dos sistemas de controles internos administrativos das organizações municipais de determinado estado, concluiu que 86,67% dos entes avaliados não têm código de conduta, mecanismos adequados de coibição dos desvios de natureza disciplinar e órgão de ouvidoria. E 100% dos municípios não têm plano de capacitação.

Advirta-se que esse diagnóstico espelha a realidade da maioria dos municípios brasileiros e a gravidade da lacuna de estruturas básicas de controle e integridade.

Em âmbito federal, para impulsionar a implantação da governança e programa de *compliance* público, foi editado o Decreto nº 9.203/2017 e a Portaria nº 1.089/2018, da Controladoria Geral da União (CGU), com os procedimentos para estruturação, execução e monitoramento de programas de integridade. Alguns estados e municípios<sup>4</sup> estão adotando a mesma medida, o que revela um movimento virtuoso com vistas à mudança desse cenário.

Em desfecho dessas considerações preliminares, o presente artigo se propõe a tratar do programa de integridade dos órgãos e entidades públicas, considerando sua relevância para a efetividade da governança e os desafios para sua implantação e implementação, considerando os resultados apontados no Acórdão nº 1.905/2017 – Plenário do TCU.

## 2 OS PARÂMETROS DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE

No dia 1º de agosto de 2013, foi promulgada a Lei nº 12.846, chamada Lei Anticorrupção Empresarial, a qual prevê a responsabilização objetiva, administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à administração pública, dando destaque às fraudes nas licitações e contratações públicas,<sup>5</sup> com previsão de sanções administrativas de enorme impacto financeiro e reputacional para as empresas envolvidas. Essas sanções deverão ser aplicadas por meio de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR),<sup>6</sup> sendo certo que a existência de um programa de integridade na empresa a ser punida pode ser considerado um elemento de mitigação da pena.

Essa lei foi regulamentada no âmbito do Poder Executivo federal pelo Decreto nº 8.420/2015, o qual prevê, no seu artigo 42, os requisitos mínimos de um programa de integridade, a saber: compromisso da alta administração, análise periódica de riscos, código e políticas de conduta, plano de capacitação permanente, canal de denúncias e monitoramento contínuo. Portanto, para que se tenha um programa de integridade, esses parâmetros devem ser adotados e, por sua natureza, executados como rotina nas organizações.

4 Decreto nº 9.660/20 do estado de Goiás; Decreto nº 55.416, de 21 de julho de 2020, do município de São Luís.

5 Art. 5º (...)

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;

6 As sanções estão previstas no art. 6º e art. 22 da Lei nº 12.846/2013: multa, publicação extraordinária da decisão sancionadora, inscrição no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP.

Diante do exposto, faz-se necessário a abordagem sobre os mecanismos destacados do programa de integridade e sobre os esforços que devem ser empreendidos para sua implantação.

### **3 OS DESAFIOS A SEREM ENFRENTADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA IMPLANTAÇÃO DO MODELO PROPOSTO DE PROGRAMA DE INTEGRIDADE**

#### **3.1 Do comprometimento da alta direção**

Das variadas formas que comprovam o patrocínio do programa de integridade pela alta direção, o exemplo de comportamento ímpar, em estrita consonância com os valores e princípios que pregam, é de extrema importância e deve ser o primeiro ato a ser observado por esse grupo, sob pena de o projeto ser desacreditado pelos demais colaboradores. Outra demonstração cabal de comprometimento é a inclusão do programa de integridade no planejamento estratégico da organização e a participação ativa na sua implementação e bom funcionamento. A participação nos treinamentos e na capacitação relacionados ao programa também é ativo valioso, afinal, “o exemplo vem de cima”.

Para o pleno funcionamento da área de integridade, a alta administração deve, ainda, oferecer recursos materiais, humanos e financeiros, bem como disponibilizar um canal de atendimento aos servidores e colaboradores para quando surgirem dilemas éticos.

Não há dúvida de que a pavimentação do caminho para a externalização do comprometimento da alta direção na administração pública tem desafios que lhe são próprios e que podem ser observados no diagnóstico realizado pelo TCU, no Acórdão nº 1.905/2017 – Plenário.

Uma das situações aventadas no documento supracitado diz respeito à ausência de governança nas organizações, comprometendo a implantação do programa. A autonomia financeira e organizacional que deve ser assegurada à área de *compliance* também é um problema emblemático, pois os órgãos e entidades públicas estão sofrendo grave crise econômica que, somada às graves consequências da pandemia da Covid-19, resultam em escassez de recursos financeiros. Do mesmo modo, a independência da instância de *compliance*, tão necessária para sua eficácia e garantia de imparcialidade, decorre de uma reforma na estruturação organizacional, outro grande desafio.

Pode-se citar, ainda, como problemática da implantação do programa de integridade e que pode comprometer a sua continuidade e efetividade, a alternância periódica dos quadros da alta administração nos órgãos e entidades públicas, decorrente do sistema eleitoral. Todo processo de mudança demanda certo tempo para acontecer. Nessa alternância natural do sistema eleitoral brasileiro, quando os colaboradores começam a internalizar o novo comportamento, pode vir uma nova liderança que não esteja preparada e treinada adequadamente para tomar a frente na continuidade do processo, comprometendo, assim, o que já vinha sendo realizado.

Por fim, há resistência dos dirigentes públicos de participarem de treinamentos e capacitações, prejudicando o fortalecimento do compromisso da alta administração, manifestado por meio de uma mudança de postura e comportamento. Como dito anteriormente, o “exemplo vem de cima”. Tal comportamento pode prejudicar desde a capacitação correta da liderança para o processo em curso, como até mesmo incitar nos colaboradores a não importância dos treinamentos específicos do programa de integridade.

Como se pode perceber, a alta administração desempenha um papel extremamente relevante na implementação do programa de integridade e são várias as estruturas falhas e os riscos a serem enfrentados no ambiente público.





### 3.2 Da gestão de riscos

É imprescindível, ainda, para a implantação do programa de integridade, que a organização conheça e interprete bem os riscos aos quais se sujeita nessa área tão vulnerável e promova o seu mapeamento e mensuração, pois, a partir daí, poderá definir os processos de prevenção, mitigação e controle dos riscos.

Com efeito, cumpre ressaltar que o TCU apresentou relatório demonstrando que os órgãos públicos sofrem com a falta do sistema de gestão de riscos,<sup>7</sup> outra grande deficiência que desponta.

Para além de se implementar a gestão de riscos, há que se ater a uma de suas etapas mais relevantes, o monitoramento contínuo, peça motor para que se estabeleçam ações mitigatórias e revisões de percurso. Para tanto, é essencial que os órgãos de controle interno estejam preparados para essa função e prática.

### 3.3 Do código de conduta

Acerca do código de conduta, que orienta a atuação de todos os servidores colaboradores<sup>8</sup> independentemente de cargo ou funções exercidas, o Acórdão nº 1.905/2017 – Plenário do TCU constatou que, em quase 100% das organizações institucionais pesquisadas, ele inexistia ou não trata todos os aspectos com a abrangência exigida, impedindo que se tenha uma gestão de riscos efetiva e políticas para adoção de uma postura ética nos negócios.<sup>9</sup>

Enfim, a ausência de um documento que sirva como diretriz de conduta dos colaboradores para que estejam alinhados com os valores e as regras da organização é outro grande desafio a ser enfrentado. Como exigir o que não está externalizado de forma padronizada e contratual? Fica a pergunta.

### 3.4 Do treinamento

Identificar conduta ética ou não ética nem sempre é tarefa fácil, fato que dita a importância de se ter a regência de um código de conduta e o devido treinamento para sua interpretação com exemplos reais que podem ocorrer. Dessa forma, é forçoso que servidores de todos os níveis hierárquicos recebam treinamentos periódicos do código de conduta, para que possam avaliar e identificar comportamentos éticos e não éticos, sanar dúvidas e se sentirem mais confortáveis para exercerem suas funções de acordo com as exigências. Entretanto, em face ao treinamento ser imprescindível, reside nova polêmica: para os gestores públicos, treinamento é custo, e não investimento indispensável.

O Acórdão nº 1.905/2017 – Plenário do TCU demonstra, de forma cabal, o desinteresse dos gestores pela capacitação de seus servidores. De acordo com o levantamento, 100% das organizações não têm plano de capacitação. Ora, um plano de capacitação com previsão de treinamentos periódicos é vital para reforçar o comportamento ético em todas as instâncias da organização e evitar a prática de irregularidades. Como lidar com tal desinteresse? Mais um desafio a ser atacado.

### 3.5 Canal de ouvidoria e tratamento da denúncia

A existência de um canal de ouvidoria também promove a eficiência e eficácia de um programa de integridade, sendo canal fundamental para tratamento das irregularidades, já que, por ele, pode-se

7 TCU – TC 020.830/2014-9.

8 O Tribunal de Contas da União, por meio do Processo nº 031.604/2016-1, reconhece que as organizações necessitam implementar uma infraestrutura de gestão da ética, sendo um dos elementos mais importantes o código de conduta, que deve ser internalizado bem como ter monitorada sua aplicação. O TCU, no processo Acórdão nº 581/2017 – Plenário, destacou a importância do código de conduta para que as organizações sejam reconhecidas em conformidade com a infraestrutura de gestão da ética.

9 Outro trabalho do TCU relacionado à governança pública das organizações da administração pública federal (TC 020.830/2014-9), voltada ao tema código de conduta, demonstrou que, em mais da metade de todas as organizações pesquisadas, o código de ética inexistia ou não contempla todos os requisitos e abrangência necessários.

tomar ciência de atos que violem os padrões éticos e de conduta pactuados, procedentes de diversas situações, por meio de denúncias de pessoas internas e externas. Esse canal deve ser oferecido amplamente a qualquer cidadão e deve garantir a confidencialidade do denunciante, a não retaliação e o sigilo do conteúdo denunciado, sendo que as denúncias podem ser feitas anonimamente, desde que o denunciante seja cientificado das sanções aplicadas em caso de conduta desconforme.

O Acórdão nº 1.905/2017 – Plenário do TCU apresenta uma realidade preocupante também nesse parâmetro, já que a maioria das organizações analisadas não tem ouvidoria implementada, prejudicando o recebimento de comunicações dos interessados.

Vale registrar que a denúncia tipificada como ilícito, previsto no art. 5º da Lei Anticorrupção nº 12.846/2013, será processada por meio do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR). Se houver servidor envolvido, deverá ser instaurado sindicância ou Processo Administrativo Disciplinar (PAD) e, nos demais casos, a denúncia deverá ser encaminhada para as áreas competentes no órgão ou entidade pública referida. Dessa feita, é importante que as organizações regulamentem o PAR e desenhem o fluxo da investigação, orientando quem são os responsáveis pelo tratamento, os prazos, a investigação interna, os pedidos revisionais, as medidas disciplinares, o reporte ao denunciante e o encerramento da denúncia com as medidas adotadas.

Aqui reside também outro assunto de maior preocupação. A administração pública tem muitas dificuldades de apenar empresas que praticaram irregularidades na execução contratual. A maioria dos órgãos públicos, até hoje, não consegue aplicar as punições previstas na Lei de Licitações e Contratos, pois não tem o procedimento sancionatório regulamentado e adotado na instituição. Transportando para realidade do PAR, esse é um nó górdio a ser cortado.

Por conseguinte, e a título de arremate deste tópico, de acordo com o Acórdão nº 1.905/2017 – Plenário do TCU, as organizações públicas apresentam porcentagem elevada de falta de ouvidoria nas organizações, razão pela qual merece atenção ciosa dos dirigentes, pois a efetividade do programa depende do canal de entrada de denúncias para externalizar o compromisso da organização em sancionar condutas desconformes.

Não bastasse isso, são poucos os municípios que regulamentaram a Lei Anticorrupção Empresarial e possuem um processo administrativo de responsabilização estruturado.

### 3.6 Comunicação

Um plano de comunicação que busque engajamento e conscientização dos servidores, disseminando os valores eleitos pela entidade pública e fixando as regras do código de conduta, é outra medida essencial para efetividade do programa de integridade. Com efeito, um aspecto negativo perceptível em vários órgãos e entidades públicas é a falta de comunicação das políticas e ações estratégicas dos órgãos, o que compromete a transparência e disseminação das informações e aumenta a fragilidade do programa.

### 3.7 Monitoramento

Por fim, para a promoção do ambiente ético nas organizações, o monitoramento contínuo é a ação que atenuará os riscos, desvios éticos e a ocorrência de fraudes e corrupção.

Nas empresas privadas, uma das ferramentas de monitoramento e prevenção quanto à confecção de laços espúrios na relação de negócios é a realização de *due diligence*, que é a verificação prévia, diligência e investigação de toda a história da contratada por meio de uma análise rigorosa de dados e evidências coletadas e verificação dos riscos que ela representa. Destaca-se que, caso a empresa apresente alto risco de situações impeditivas, poderá ficar impedida de ser contratada.



Convém ressaltar que, no caso dos órgãos e entidades públicas, não há como adotar, de acordo com a atual Lei de Licitações e Contratos, a exclusão de empresas que apresentam situação de risco para o negócio. Entretanto, é possível fomentar-se um processo de depuração acerca da empresa que pretende ser contratada, assim como sobre seus representantes, incluindo sócios e administradores, de modo a certificar-se de que não há situações impeditivas à contratação. Se for diagnosticado alto risco de integridade, sem que se tenha a prerrogativa de impedir a participação, recomenda-se adotar uma gestão e fiscalização contratual com acompanhamento e supervisão diligentes e mais rigorosos que o habitual.

Nesse ponto, mais uma vez, encontra-se medida desafiadora para órgãos e entidades públicas que têm carência de estrutura para essas diligências e os seus servidores, via de regra, não recebem treinamento para gerir e fiscalizar os contratos. Não somente isso, volta-se com essa discussão aos pontos de falta de plano de capacitação e desinteresse por tal tópico por parte das lideranças dos órgãos e entidades públicas.

#### **4 CONCLUSÃO**

Diante do exposto, fica evidente que o início dos desafios dos órgãos e entidades públicas para implementarem seus programas de integridade reside na falta de governança. Sem uma governança clara e objetiva, torna-se impossível iniciar o processo sequer de desenhar fluxos e procedimentos para construção de um programa de integridade que abarque o arcabouço de parâmetros exigidos. Sem governança, também não há evidências de garantia de uma prestação de serviços públicos adequada, imparcial, proba, eficiente e transparente.

Sob esse prisma, o programa de integridade ganha relevância, pois é um promotor da demanda por uma estrutura de governança, já que os dois institutos são umbilicalmente imbricados.

Nota-se que são vários os desafios a serem enfrentados na implementação tanto de uma boa estrutura de governança como de um programa de integridade no ambiente público, e o Acórdão nº 1.905/2017 – Plenário do TCU trouxe à tona um panorama que demonstra, claramente, algumas barreiras e fraquezas que merecerão mudanças basilares e novas estruturas de aprimoramento nas organizações públicas, notadamente nas municipais.

Os percentuais de ausência de mecanismos essenciais de integridade, que servem de alicerce para efetividade do programa, são elevados, e essa realidade vai na contramão das boas práticas de governança, comprometendo a sobrevivência e sustentabilidade das organizações. Notadamente, uma deficiência é uma peça-chave para a existência de um parâmetro do programa de identidade e, assim, tópico a tópico, gera-se um problema estrutural de grande vulto, pois todos os parâmetros necessários ficam comprometidos sem as devidas adequações anteriores ao programa.

Com efeito, é preciso uma liderança ciente de que uma série de melhorias devem ser implementadas para que se possa avançar na qualidade, transparência e eticidade da prestação de serviços públicos tão desejadas pela sociedade. É um enorme desafio? Sim, não há dúvidas, como mostra este artigo. Porém a lei e a sociedade, agora, ditam a demanda por comportamento ético e excelência da administração pública e de seus parceiros negociais, seja no trato com o cidadão comum seja no trato com as empresas parceiras prestadoras de serviços e produtos, e vice-versa. Não há outro caminho a seguir.

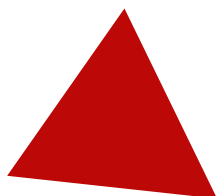
Assim, que os órgãos e entidades públicas se unam e busquem as melhores formas de enfrentamento dos desafios, em um trabalho colaborativo de extrema pertinência e viabilidade, que começa com o interesse e a disponibilidade para troca de experiências e boas práticas, pois, mesmo com o levantamento aqui apresentado, existem bons trabalhos sendo realizados por alguns órgãos e entidades da administração pública federal e estadual no tocante à governança e ao programa de integridade, com bons frutos sendo já colhidos.



# **Artigos Científicos**

# A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E O INSTITUTO DO DIÁLOGO COMPETITIVO: UMA ANÁLISE PRELIMINAR\*

THE NEW BIDDING LAW AND THE COMPETITIVE DIALOGUE INSTITUTE:  
A PRELIMINARY ANALYSIS



## Camila Vasquez Gomes

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia e Mestranda em Direito Constitucional na Universidade de Lisboa. Atua como Procuradora de Contas do Ministério Público de Contas do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A administração pública dialógica; 3 Origem do instituto – As diretivas nº 2004/18/CE e 2014/24/CE do Parlamento e Conselho Europeu; 4 O diálogo competitivo do Projeto de Lei nº 4.253/2020; 5 Conclusão; Referências.

**Resumo:** O presente trabalho busca analisar o instituto do “diálogo competitivo”, inserido no Direito brasileiro pelo Projeto de Lei nº 4.253/2020, novo marco para contratações públicas no Brasil. Busca-se entender o fenômeno da administração dialógica e destacar as vantagens e deficiências do diálogo competitivo no Brasil, por meio da realização de interpretação preliminar do texto normativo proposto, bem como da análise da disciplina do instituto na União Europeia, fonte de inspiração do legislador brasileiro.

**Abstract:** This paper seeks to analyze the institute of “competitive dialogue”, inserted in Brazilian Law by the proposed bill 4.253/2020, a new milestone for public contracts in Brazil. It seeks to understand the phenomenon of dialogical administration and to highlight the advantages and deficiencies of competitive dialogue in Brazil, through the preliminary interpretation of the proposed normative text, as well as the analysis of the institute’s discipline in the European Union, source of inspiration for the Brazilian legislator.

**Palavras-chave:** Licitação; Lei nº 8.666/1993; Administração dialógica; Diálogo competitivo; Projeto de Lei nº 4.253/2020.

**Keywords:** Bidding; Law 8.666/93; Dialogic Administration; Competitive Dialogue; Bill 4.253/2020.

## 1 INTRODUÇÃO

A aprovação no Senado Federal do Projeto de Lei nº 4.253/2020<sup>1</sup> representa um sopro de ar puro ao já anacrônico regramento da Lei nº 8.666/1993, que oferece amarras em excesso, desnecessária burocratização e descompasso com as necessidades atuais das contratações públicas.

Isso ocorre pois a atual lei de licitações, Lei nº 8.666/1993, fora amplamente baseada no Decreto-Lei nº 2.300/1986,<sup>2</sup> anterior à Constituição Federal de 1988, porém inteiramente recepcionado por ela. Nesse sentido, a Lei nº 8.666/1993 possuía o escopo, entre outros, de impedir a corrupção nas contratações públicas, mediante o enrijecimento de critérios para a contratação, de modo a “não dar margem” a práticas corruptas, ilícitas ou que provocassem o desperdício de dinheiro público.

\* Artigo inédito.

1 SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 4.253/2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&ts=1607679902316&disposition=inline>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

2 FORTES JUNIOR, Cléo Oliveira. Breve história das licitações no Brasil. Disponível em: <http://www.fortesjr.com.br/breve-historia-das-licitacoes-no-brasil/>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.





Tal intento fora em vão, demonstrando que o formalismo excessivo não é capaz de, por si só, conter práticas ilícitas, de modo que a sociedade foi espectadora de diversos escândalos envolvendo compras públicas. Também os Tribunais de Contas lidam diuturnamente com o manejo irregular do citado diploma e avaliam licitações cujo desfecho muitas vezes não prestigia o interesse público, cambaleando na linha tênue que marca a divisa entre a contratação ímproba e o procedimento meramente irregular.

A par disso, existem outros pecados atribuídos à Lei nº 8.666/1993 pela doutrina abalizada, que fogem do escopo do presente trabalho. De todos eles, contudo, entende-se que a rigidez em excesso fora o aspecto que mais prejudicou sua aplicação adequada, revelando em seu bojo a preponderância da burocratização em relação à eficiência das contratações, o que significava que, na prática, a obediência aos trâmites legais nem sempre tinha por consequência a escolha da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Esse contexto fez surgir o pregão (disciplinado pela Lei nº 10.520/2002), cuja marca distintiva consistia na contratação para aquisição de serviços e produtos simples de forma menos complexa, fazendo eco à legislação de alguns estados que já haviam, por exemplo, realizado a inversão das fases do procedimento licitatório, para que a abertura das propostas fosse anterior à fase de habilitação.<sup>3</sup>

Contudo, a modalidade não é imune a críticas, de modo que Marçal Justen Filho<sup>4</sup> aponta como principal aspecto negativo do pregão a chamada “seleção adversa”, tendência conforme a qual a administração compra sem conhecer o produto ou serviço, já que o critério de escolha é o menor preço possível, sinalizando para o mercado que, contanto que os preços sejam ínfimos, é possível sagrar-se vencedor de um certame oferecendo produtos de qualidade baixa ou mesmo imprestáveis.

Na sequência, a necessidade de uma contratação ainda mais rápida fez surgir o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), disciplinado pela Lei nº 12.462/2011, e, de forma atualíssima, as contratações simplificadas relacionadas à pandemia da Covid-19, disciplinadas pela Lei nº 13.979/2020 e pela Medida Provisória 1.026/2021.

Percebe-se que, quando um diploma com pretensões de completude abre caminho constante para leis anexas que disciplinam situações específicas, significa que o referido marco regulatório não mais atende aos anseios da sociedade e é hora de adotar um novo, tal como ocorre no presente momento com o avanço e eminente sanção do Projeto de Lei nº 4.253/2020.

Por meio do referido diploma, busca-se substituir a Lei nº 8.666/1993, a Lei do Pregão e a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, compilando, em um só diploma, os acertos de todas essas leis, adicionando, ainda, alguns novos aspectos e institutos ao longo dos seus 191 artigos.

Nesse esboço, buscou-se oferecer maior otimização às contratações públicas, consagrando a inversão de fases já presente no pregão, além de criar mecanismos para solucionar os problemas da antiga lei, *inter alia*, um velho problema das contratações de obras públicas, qual seja, a execução inacabada de obras ou sua realização insatisfatória.

Para tanto, institucionalizou-se um seguro, em obras de grande vulto (artigo 96), para garantir a conclusão do projeto caso a empresa contratada não finalize a obrigação aventada. É mais uma forma de prover de eficiência as compras e os serviços públicos.

Contudo, talvez a inovação mais estranha ao ordenamento jurídico brasileiro seja justamente o cognominado “diálogo competitivo”, instituto emprestado do Direito europeu e americano, que presta reverência à administração pública dialógica, pretendendo abrir canais de comunicação com a sociedade, na busca de soluções ótimas para problemas complexos.

<sup>3</sup> De forma exemplificativa, cita-se a Lei Estadual nº 9.433/05 da Bahia.

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Mas temos muito ainda a falar sobre licitação. *Gazeta do Povo*, 6 nov. 2015. Disponível em: <http://justenfilho.com.br/tags/lei-8666/>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

## 2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA

Antes de adentrar o instituto objeto do presente trabalho, é imperioso tecer algumas considerações acerca do influxo da doutrina da administração pública dialógica sobre a noção de diálogo competitivo.

Nessa linha de intelecção, a tendência da administração pública dialógica surge em superação ao modelo imperativo de administração no qual o processo possuía como fim último o interesse público abstrato e pouco palpável para cada um dos administrados, substituído pela noção de que o homem está no centro de tudo, inclusive da atuação administrativa, e esta deve agir para atender aos anseios dos cidadãos, concretamente considerados.

Dito de outro modo, o cerne do Direito Administrativo deixa de ser o interesse público abstrato e passa a ser o rol dos direitos fundamentais, como resultado do Estado Democrático de Direito. Deve-se lembrar que a Lei nº 8.666/1993, além de reproduzir grande parte da sistemática presente no Decreto-Lei nº 2.300/1986, foi editada no nascedouro da Constituição de 1988, incapaz, portanto, de beneficiar-se da grande produção jurisprudencial e doutrinária acerca da densidade de seus princípios.

Na administração pública dialógica, portanto, privilegiam-se a resolução consensual de questões, a transparência, a eficiência e o princípio da confiança entre administração e administrados,<sup>5</sup> superando-se o paradigma da administração pública ditadora de regras e visando à efetividade da atuação administrativa, sempre tendendo ao objetivo maior da sua atuação: a efetividade dos direitos fundamentais.

Assim, a modalidade dialógica de administração contrasta com a administração pública monológica, na qual o consensualismo é substituído pelo mero cumprimento de regras e regulamentos pela administração pública, e a autoridade administrativa possui lastro na coercitividade.

Outra razão para o surgimento da administração dialógica é o incremento da atuação estatal,<sup>6</sup> inclusive em áreas de grande complexidade e que ultrapassam a expertise do corpo técnico administrativo, além do maior anseio de participação e concordância do particular (é intuitiva a noção segundo a qual a adesão a determinada regra é maior se o indivíduo a quem ela se reporta participou na sua elaboração – quanto mais consensual, mais eficaz). Por fim, Lora<sup>7</sup> aponta ainda a incapacidade estatal de participar em grande escala da economia do país em decorrência da crise fiscal, razão pela qual maneja o instrumento do fomento, muitas vezes consensual.

Nas palavras de Moreira Neto,<sup>8</sup> “pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento”.

Essa tendência incrementa a legitimidade das decisões administrativas e promove a aproximação entre administração e administrado, entre eleitor e eleito, entre Estado e cidadão, servindo como elemento apaziguador da crise de legitimidade atualmente vivenciada por diversos governos democráticos. Nesse sentido, “o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que detentor do poder de império”<sup>9</sup>

Por fim, é útil ao presente trabalho a conceituação de cidadania elaborada por Fábio Konder Comparato,<sup>10</sup> para quem, analisando a evolução do termo, hodiernamente a cidadania consiste em “fazer com que o

5 LIMA, Mariana Scielelesky de. Fundamentos para uma administração pública dialógica. *Perspectiva*, Erechim, v. 34, n. 126, p. 73-84, jun. 2010. Disponível em: [http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/126\\_109.pdf](http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/126_109.pdf). Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

6 Fruto, entre outros elementos, da consolidação do Estado Social.

7 LORA, Alejandro Huergo. *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Madrid: Civitas, 1998. p. 94.

8 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações)*. Revista sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro da Bahia, n. 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

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

10 COMPARATO, Fábio Konder. *A nova cidadania*. In: \_\_\_\_\_. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 3-24.



povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção: é a ideia de participação”.

Por tudo quanto exposto, tratar do diálogo competitivo sem abordar, ainda que de forma sucinta, o fenômeno da administração dialógica é privar o leitor de conhecer um de seus importantes pilares. Assim, feitas estas considerações, passa-se a estudar o instituto propriamente dito.

### 3 ORIGEM DO INSTITUTO – AS DIRETIVAS 2004/18/CE11 E 2014/24/UE12 DO PARLAMENTO E CONSELHO EUROPEU

O estudo da gênese de determinado instituto do Direito é relevante e funciona, principalmente, como vetor interpretativo de sua letra fria, além de guiar a sua aplicação conforme pretendido pelo legislador. *In casu*, tratando-se de figura importada do Direito europeu (de forma preponderante) e americano,<sup>13</sup> é proveitosa a análise do instituto original como forma de antecipar dificuldades desconhecidas do operador do direito que se depara com uma nova legislação, mas que já foram vivenciadas em outros ordenamentos jurídicos, razão pela qual se passa à análise sucinta do instituto original como concebido pelo Direito europeu.

O diálogo competitivo tem clara influência do cognominado “diálogo concorrencial”, inaugurado pela Diretiva 2004/18/CE do Parlamento e Conselho Europeu, sucedida pela atual Diretiva 2014/24/UE, que busca ampliar a eficiência nas contratações públicas e determinou a internalização obrigatória do instituto pelos Estados-membros da União Europeia.

Antes da edição dos mencionados dispositivos, o Reino Unido, a Alemanha e a França já manejavam procedimentos similares, chamados, em tradução livre, de “procedimento por negociação” ou, especificamente na legislação francesa, de *appel d’offres sur performances*.<sup>14</sup>

A mencionada prática já existia, uma vez que, antes mesmo de 2004, se percebeu a necessidade de flexibilização do processo de contratação pública. Tal carência já havia sido notada pelo legislador europeu, que, em 1998, apontou a tendência em documento<sup>15</sup> exarado pela Comissão da Comunidade Europeia intitulado “Communication from the commission: COM – 143 Final: Public Procurement in the European Union”.<sup>16</sup> No referido relatório, restou consignada a necessidade de diálogo entre administração e administrado na seara das contratações públicas, com o escopo de buscar soluções para necessidades complexas e áreas em constante e rápida evolução, a exemplo da área de tecnologia.

Atualmente, no espaço europeu vigora a referida Diretiva 2014/24/UE, que prevê duas modalidades de processo de contratação dialógica (termo que aqui será utilizado como gênero), quais sejam, o “procedimento concorrencial com negociação” (artigo 29) e o “diálogo concorrencial” propriamente dito (artigo 30). O objetivo de ambos os procedimentos é ampliar a flexibilidade no processo de contratação pública, para atender especificamente situações de alta complexidade, em que a administração pública conhece a necessidade a ser satisfeita, porém não sabe qual objeto é idôneo para sanar essa necessidade.

11 Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30.04.2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004L0018-20160101&from=IT>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

12 Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

13 Este último a partir do Federal Acquisition Regulation (FAR). Regulamento disponível em: <https://www.acquisition.gov/browse/index/far>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

14 Ao lado do Reino Unido, país que mais utiliza o diálogo competitivo no continente europeu. A informação é de BURNETT, Michael. Using Competitive dialogue in EU Public Procurement – Early trends and future developments. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/148850786.pdf>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

15 Commission of the European Communities. Communication from the commission: Public Procurement in The European Union. Brussels, 11.03.1998 COM (98) 143 final. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51998DC0143&from=EN>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

16 OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O diálogo competitivo do projeto de lei de licitação e contrato brasileiro. Disponível em: [http://licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo\\_download\\_2.pdf](http://licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_2.pdf). Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

Na prática, os referidos instrumentos foram de grande utilidade na Europa, *inter alia*, na competição entre particulares de diferentes países, bem como para grandes projetos de tecnologia da informação e projetos arquitetônicos inovadores. De outro giro, para o fornecimento usual e suprimento de demandas já conhecidas, existem modalidades licitatórias tradicionais (a exemplo do concurso aberto e fechado, modalidades presentes na diretiva em análise), à semelhança do que ocorre na legislação brasileira.

As hipóteses para o uso da contratação dialógica estão elencadas no artigo 26.4 da multicitada diretiva e envolvem obras, fornecimentos ou serviços que, alternativa ou cumulativamente: (i) possuam necessidades que não podem ser satisfeitas sem que se adaptem soluções já disponíveis; (ii) incluam a necessidade de soluções inovadoras; (iii) impliquem contratos que dependam de negociação prévia para adjudicação, devido a “circunstâncias específicas relacionadas com a natureza, a complexidade ou a montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a elas associados”; ou (iv) no caso de as especificações técnicas não serem determinadas com precisão suficiente.

Em adição, de forma subsidiária, está autorizada a adoção das modalidades de contratação dialógica se, em resposta a um concurso aberto ou fechado, só tiverem sido apresentadas propostas irregulares ou inaceitáveis. É digno de nota, ainda, que o diálogo concorrencial está intimamente atrelado à contratação de parcerias público-privadas,<sup>17</sup> pelo próprio desenho e complexidade do instituto, tendência que possivelmente será adotada também na prática brasileira.

Consoante dicção do artigo 30 da Diretiva 2014/24/UE, o diálogo concorrencial é dividido em três etapas, quais sejam, (i) a qualificação; (ii) o diálogo e (iii) o julgamento das propostas. A peculiaridade desse instituto em relação às modalidades tradicionais de contratações públicas consiste exatamente na fase do diálogo, sem a qual o procedimento em muito se assemelha às modalidades tradicionais de licitação.

Assim, as fases de qualificação e do julgamento de propostas são transparentes e rígidas, como tradicionalmente ocorre nas outras modalidades, já que são etapas cujas decisões administrativas se pautam por critérios objetivos e previamente definidos em instrumentos devidamente publicados. Portanto, a maior flexibilidade é conferida ao administrador público na fase dialógica.

Após a decisão de instaurar o procedimento, caso a autoridade administrativa opte pelo diálogo concorrencial, o *iter* é deflagrado a partir da publicação de ato convocatório do qual devem necessariamente constar a necessidade administrativa (o elemento de maior relevância, sem dúvidas), os requisitos das propostas, os critérios de julgamento e o cronograma procedimental.

Na sequência, a partir do trigésimo dia de publicação do ato convocatório, qualquer agente econômico particular pode apresentar um pedido de participação, sendo que, no regramento europeu, existe a possibilidade de restrição discricionária do número de participantes, que não deve ser inferior a três, ou a um número que, ainda que superior a três participantes, inviabilize a concorrência e competitividade do certame.

Tal “liberdade”, ainda que devidamente fundamentada, causa estranheza para o operador do Direito brasileiro, porém se justifica pela necessidade de realização de diálogos, de modo que o excesso de participantes pode inviabilizar a atuação administrativa ou pulverizar esforços de busca de propostas adequadas, prejudicando a adoção da solução ótima.

Em seguida, inicia-se a fase do diálogo propriamente dito, na qual todos os aspectos podem ser debatidos (*v.g.*, o objeto, os aspectos financeiros, entre outros) e toda informação fornecida pela administração deve ser encaminhada a todos os participantes indistintamente, garantindo a isonomia de tratamento dos concorrentes, de modo a preservar a competitividade.

<sup>17</sup> BURNETT, Michael. Using Competitive dialogue in EU Public Procurement – Early trends and future developments. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/148850786.pdf>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.



Assim como previsto na nova lei de licitações, o diálogo pode ocorrer em fase única ou em fases sucessivas, nas quais é realizado um “funil” de propostas e participantes à medida que se aproxima da solução ideal, que, uma vez encontrada, indica o encerramento da fase dialógica e os candidatos são convocados para apresentar as propostas finais, a serem julgadas a partir do critério do *best value for Money*, é dizer, da proposta que apresente melhor vantagem conforme análise do binômio qualidade e preço.

Antevendo a situação de adjudicação final do objeto para participante diverso do agente econômico daquele que propôs a solução eleita pela administração, a Diretiva 2014/24/UE prevê a possibilidade de pagamento de prêmio para os participantes do diálogo, minimizando eventual desvantagem econômica dos participantes que investiram técnica, tempo e recursos para a definição da solução final sem, contudo, sagrarem-se vencedores no certame. Tal feição não foi prevista pelo legislador brasileiro.

Portanto, é este o *iter* do diálogo concorrencial. A nota distintiva do “procedimento concorrencial com negociação” em relação ao trâmite supradescrito é que nesta última modalidade de contratação dialógica são permitidos diálogos após a entrega definitiva das propostas.

Pode-se dizer ainda que, enquanto no diálogo concorrencial a administração desconhece como suprir a necessidade pública, no procedimento concorrencial com negociação o agente público tem conhecimento da solução para a sua demanda, porém carece de critérios objetivos para avaliar as diferentes propostas, razão pela qual é justamente na fase de análise de propostas que o administrador público necessita de maior flexibilidade nessa modalidade licitatória. Por outro lado, considerando que no diálogo concorrencial se busca definir justamente a solução para a necessidade administrativa, é nessa fase (na fase dialógica de apresentação de soluções) que existe maior abertura à dialética.

#### **4 O DIÁLOGO COMPETITIVO DO PROJETO DE LEI Nº 4.253/2020**

A definição legal do instituto em testilha é encontrada já no artigo 6º, XLII, do mencionado projeto de lei, conforme ora se transcreve, *in verbis*:

(...) modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

A disciplina do instituto se encontra no artigo 32 e parte da ocorrência de algumas circunstâncias de fato para que seja possível a sua instauração. Apenas a partir da materialização de algum dos requisitos elencados no artigo 32, I, II e III, será possível a realização do diálogo competitivo.

Primeiramente, a referida modalidade licitatória destina-se a situações nas quais a administração: (i) vise a inovação técnica ou tecnológica (inciso I, alínea “a”); (ii) necessite, para satisfazer a sua necessidade, de adaptações às soluções já disponíveis no mercado (inciso I, alínea “b”) ou (iii) não logre êxito em definir, com suficiente precisão, as especificações técnicas da solução buscada (inciso I, alínea “c”).

Além de uma das hipóteses acima elencadas, é possível a adoção do procedimento caso os agentes administrativos percebam que existe “a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades” (artigo 32, inciso II).

Nesse particular, a norma cria um vetor interpretativo com a expressão “com destaque para os seguintes aspectos” ao fim do inciso, passando a elencar, nas alíneas, três situações em que pode residir essa necessidade, cuja solução carece do auxílio dos agentes econômicos particulares, quais sejam, a incapacidade de definir qual é a solução técnica mais adequada (alínea “a”), ou, no caso de a solução já estar definida, quais seriam os requisitos técnicos para concretizá-la (alínea “b”) e, por fim, a necessidade de definição da estrutura jurídica ou financeira do contrato (alínea “c”).



Por fim, é situação autorizativa da deflagração do diálogo competitivo o cenário no qual os meios tradicionais, abertos ou fechados de disputa, não permitam a comparação e apreciação adequada das propostas (artigo 32, III).

Da leitura do dispositivo não é suficientemente hialino que os requisitos são alternativos (e não cumulativos), porém o caráter alternativo do elenco pode ser comprovado a partir da análise do artigo 26.4 da Diretiva 2014/24/UE, que elenca, basicamente, o mesmo rol de requisitos e consigna em seu *caput* que deve haver o preenchimento de “um ou mais dos seguintes critérios”.

De forma ilustrativa, pode-se vislumbrar uma situação concreta na qual a administração pública necessita assegurar o abastecimento de água em determinada municipalidade, de modo que, não possuindo *expertise* nessa seara, a equipe técnica responsável pela licitação pode não saber ao certo qual solução disponível no mercado pode atender tal demanda específica (de forma exemplificativa, poços artesianos, cisterna, canais, reservatórios, entre outros). Esse desconhecimento pode ser solucionado com a adoção do diálogo competitivo e consequente tratativas com os diversos *players* desse mercado.

Nessa senda, materializada a moldura fática para a aplicação do diálogo competitivo, a administração pública publicará edital por meio de sítio eletrônico oficial, descrevendo as necessidades públicas, exigências definidas além dos critérios objetivos para a pré-seleção dos licitantes e estabelecendo prazo de ao menos 25 dias úteis para a manifestação de interesse em participar do certame (art. 32, §1º, I e II).

Serão admitidos todos os licitantes que preencham os critérios elencados no edital, e o início da fase do diálogo propriamente dito pressupõe interações entre a administração e os licitantes, por meio de reuniões registradas em ata e gravadas em mídia. Nesse ponto, entende-se, data vênua, que faltou à lei a definição do número mínimo de licitantes, como ocorre no Direito europeu. Pela letra fria da nova norma, na hipótese de apresentação de apenas um licitante, pode a administração dar sequência ao diálogo competitivo.

Contudo, nessa situação, não haverá competição e, provavelmente, não será atingida a escolha mais vantajosa para a administração pública.

Malgrado o necessário registro das interações, como materialização do princípio da transparência nas contratações públicas, existe, para a administração, o dever de confidencialidade em relação ao quanto proposto pelo licitante, para que não sejam reveladas informações muitas vezes sensíveis à atividade econômica do participante.

A fase do diálogo não tem prazo fixado para ser finalizada, devendo perdurar até que a administração identifique uma solução que atenda de forma adequada a sua necessidade, e é digno de nota que as negociações podem abranger, além do objeto, a estrutura e até mesmo condições contratuais. Durante as reuniões, podem existir, por previsão editalícia, fases sucessivas, com a paulatina restrição das soluções propostas até que se atinja àquela adequada à administração, à semelhança do que ocorre no Direito europeu.

A nova lei de licitações economizou palavras ao disciplinar a fase dialógica (e mais relevante) do diálogo competitivo, de modo que não é possível saber se a norma permite que a solução final seja composta de elementos de diferentes propostas ou se a administração está vinculada à escolha de uma única solução.

Ao que parece, considerando a finalidade da modalidade licitatória, à comissão licitatória deve ser facultado mesclar diferentes soluções (o que no Direito estrangeiro restou conhecido como *cherry picking*), como ocorre em certos países europeus, a exemplo da Espanha,<sup>18</sup> em que pese a Diretiva

18 TELLES, Pedro. Competitive dialogue in Portugal and Spain. Tese submetida à Universidade de Nottingham para a obtenção do grau de Doutor em Filosofia, outubro de 2010. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2308502](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2308502). Acesso em: 14 de janeiro de 2021.





2014/24 também não ter consignado expressamente essa possibilidade.<sup>19</sup> Esse procedimento privilegia a construção de uma solução a partir das informações recebidas de todos os licitantes, de modo que o compromisso da administração é com a consagração da alternativa que melhor atenda o interesse público.

Encerrada a fase do diálogo, passa-se à fase competitiva, marcada pela divulgação de novo edital contendo, de forma especificada, a solução eleita pela administração pública para atender a necessidade inicialmente traçada, bem como os critérios objetivos utilizados para selecionar a proposta mais vantajosa. Considerando a maior preparação esperada dos licitantes nessa fase, o projeto de lei prevê prazo não inferior a 60 dias úteis para a apresentação das propostas.

O projeto de lei em análise não prevê critério de julgamento das propostas apresentadas, de modo que, a priori, podem ser adotados quaisquer critérios elencados no artigo 33 do novel diploma. Contudo, é digno de nota que o artigo 32, §1º, X, determina que, *in verbis*: “A Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva assegurada a contratação mais vantajosa como resultado”.

É certo que a “contratação mais vantajosa” é termo de textura aberta que não fornece pistas acerca da necessidade ou não de adoção de determinado critério, já que a vantagem pode ser considerada em relação a cada um deles. Nesse aspecto, o legislador brasileiro destoa do europeu, que optou por deixar patente a adoção da proposta economicamente mais vantajosa a partir do binômio qualidade e preço, denotando forte relação com o conceito de *value for money* do Direito inglês.

Nessa fase, em consonância com o caráter dialógico dessa modalidade licitatória, o projeto de lei autoriza que a administração solicite esclarecimentos e ajustes às propostas, contanto que tal demanda não resvale em ato discriminatório entre os licitantes ou em distorção de concorrência, é dizer, a administração deve cercar-se da cautela necessária para não violar a impessoalidade entre os licitantes.

Todo esse procedimento deve ser conduzido por uma comissão de contratação, formada por ao menos três servidores efetivos ou empregados públicos do quadro permanente da administração, permitida, pela multicitada complexidade das questões ventiladas nessa modalidade licitatória, a contratação de assessoria técnica especializada, cujos profissionais deverão subscrever termo de confidencialidade e abster-se de atividades que configurem conflitos de interesse.

Mais uma vez, a norma adota conceito jurídico indeterminado, sendo fluida a interpretação do que pode representar “conflito de interesses” para consultor que atue em diálogo competitivo. Para prover de densidade o conceito, será preciso esperar a sua interpretação pelos operadores do Direito e a chancela dos Tribunais no momento da análise de demandas que invariavelmente ingressarão no Poder Judiciário acerca da temática.

Cumpra ainda diferenciar o diálogo competitivo do procedimento de manifestação de interesses, regulado pelo Decreto Federal nº 8.428/2015 e recentemente alterado pelo Decreto Federal nº 10.104/2019, cujo fundamento legal principal reside na Lei de Concessões Públicas (Lei nº 8.987/1995). Esse procedimento consiste em ferramenta que viabiliza a cooperação do setor privado na fase de elaboração do edital de contratação e seus anexos, relacionados a eventual licitação que possa ser deflagrada no futuro.<sup>20</sup>

19 OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O diálogo competitivo do projeto de lei de licitação e contrato brasileiro. Portal L&C. Disponível em: [http://licitacaoecontrato.com.br/assets/artigos/artigo\\_download\\_2.pdf](http://licitacaoecontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_2.pdf). Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

20 FORTINI, Cristiana; RAINHO, Renata Costa. Mudanças no procedimento de manifestação de interesse em face do Decreto nº 10.104/2019. Conjur, 28 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-28/interesse-publico-mudancas-manifestacao-interesse-diante-decreto-101042019>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

<sup>21</sup>Nesse espeque, a administração pública comunica as suas necessidades e, em contrapartida, recebe do particular projetos, estudos e outras modalidades colaborativas que apenas subsidiarão eventual minuta de edital caso passem pelo crivo do ente licitante.

Malgrado se trate de importante elemento dialógico nas contratações públicas, não deve ser confundido com o diálogo competitivo, pelas razões elencadas a seguir, que demonstram a perfeita distinção entre os dois institutos. Assim, em que pese ambos convocarem o particular para a fase de desenho das licitações, a natureza dessa participação é distinta nos dois institutos.

Em outras palavras, enquanto no diálogo competitivo a participação privada ocorre após deflagrada a fase externa da licitação (constitui etapa dessa fase, já existe licitação em curso), no procedimento de manifestação de interesse ainda não há fase externa, apenas a fase interna da licitação, sem nenhuma garantia de que ela será, de fato, realizada. Assim, caso após o procedimento de manifestação de interesse a administração pública decida não dar seguimento à contratação em questão, não é devido o ressarcimento do particular por seu eventual esforço.

Em adição, no diálogo competitivo, apenas participam da fase competitiva os licitantes pré-selecionados conforme critérios descritos no primeiro edital, ao passo que, no procedimento de manifestação de interesse, a deflagração da fase externa da licitação é de comparecimento livre aos particulares que desejem participar do certame. Trata-se, portanto, de institutos notadamente distintos, já que o diálogo competitivo acolhe o aspecto dialógico para o centro do processo licitatório, de forma inédita na legislação de contratações atual.

De plano, nota-se o distanciamento da nova modalidade em relação ao tradicional iter licitatório praticado em nosso país, trazendo para a seara das contratações públicas um encurtamento de distância entre o público e o privado na tentativa de permitir que o direito, analógico por natureza, alcance os avanços e as complexidades da modernidade.

Nessa linha de inteligência, a principal vantagem do diálogo competitivo é oferecer soluções reais e eficientes para problemas complexos e multifacetados, os quais a letra fria da lei, datada no tempo, não consegue alcançar. O legislador já se deu conta de que o ritmo de atualização das normas que regem a atuação da administração pública não é capaz de acompanhar o fluxo líquido dos avanços tecnológicos e, por consequência, o avanço das necessidades públicas, que se transmutam com as demandas da modernidade.

Portanto, são acertadas as palavras de Thiago Marrara,<sup>22</sup> para quem a maior vantagem do instituto é a dialética entre administração e mercado antes mesmo da elaboração da minuta contratual, em oposição ao contrato de adesão, usualmente praticado nas contratações públicas. Conforme visto diuturnamente por quem labora de alguma forma com compras públicas, é constante a constatação de que os contratos elaborados unilateralmente pela administração são muitas vezes deficientes, irrealis, defeituosos e sem aderência ao ritmo plástico do mercado econômico do qual pretende se servir, daí decorrendo, em diversas oportunidades, o fracasso da licitação.

Assim, não se opõe ao maior alinhamento de interesses entre administração e contratados promovido pelo diálogo competitivo, e, conseqüentemente, maior segurança jurídica e expectativa de sucesso da contratação. Trata-se de forma incipiente de reparação da sistemática atual de licitações: conforme leciona Marçal Justen Filho, as leis de licitação são falhas pois não estabelecem meios de participação, discussão e disputa efetiva entre os licitantes.

Por outro lado, cabe abordar os pontos nevrálgicos da novel modalidade licitatória, de modo que parte significativa da doutrina abalizada manifesta certo grau de preocupação com a ampla flexibilidade e autonomia conferidas aos atores públicos envolvidos na contratação.

<sup>21</sup> MARRARA, Thiago. O “diálogo competitivo” como modalidade licitatória e seus impactos. Conjur, 6 jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/thiago-marrara-dialogo-competitivo-modalidade-licitatoria>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.



Para compreender tal inquietação, deve-se contextualizar a inovação em comento: trata-se de modalidade licitatória dialógica e flexível inserida em um ambiente cuja cultura das contratações públicas é marcada pelo formalismo, prolixidade e pouquíssima margem de atuação livre do agente público. Na cultura administrativa brasileira, deve-se licitar tudo, obedecendo a critérios objetivos quase que absolutamente regidos pelo menor preço, e a contratação direta, também muito bem legalmente balizada, consiste em exceção quase pecaminosa.

De forma análoga, Pedro Telles<sup>22</sup> aponta que, malgrado exista a previsão legal para a realização do diálogo concorrencial em Portugal, a modalidade não é muito explorada pela administração lusitana, fenômeno atribuído em parte à resistência em relação à mudança significativa de dinâmica contratual representada pelo multicitado instituto, considerando que a legislação administrativa em Portugal, assim como a brasileira, é profusa e prolixa – o Código de Contratos Públicos português possui em torno de 500 (quinhentos) artigos, com descrição detalhada de cada passo a ser dado no momento da contratação pública.

Assim, nova modalidade que não forneça a referida “segurança” de atuação pode ser evitada pelos agentes públicos por receio de eventuais questionamentos judiciais e/ou administrativos acerca da conduta do agente público.

Como será a aplicação do diálogo competitivo e quais entraves se destacarão são circunstâncias que somente serão inteiramente conhecidas na prática, no choque entre o que pretende o legislador e o que permite a realidade. Adianta-se, contudo, da análise de sua aplicação no Direito estrangeiro, que uma das desvantagens associadas ao diálogo competitivo é o custo da transação,<sup>23</sup> já que há elaboração de soluções por parte dos agentes econômicos, além de investimento humano e financeiro nas fases de diálogo, em ambos os lados da negociação.

Outro exemplo de óbice é aventado por Fernando Manica,<sup>24</sup> que aponta nem sempre ser possível realizar a comparação objetiva ou numérica de propostas não idênticas ou de natureza distinta. Invariavelmente, a obediência a critérios objetivos não será cartesiana como se pretende na atual e tradicional licitação, concedendo-se certa margem de atuação ao agente público.

Como bem destacado pelo referido professor, a implementação do diálogo competitivo implica maior deferência às decisões e escolhas dos agentes públicos, que, mais do que nunca, devem ser devidamente fundamentadas. Sem esse respeito, terminará sempre por prevalecer a ótica do menor preço.

Assim, para o sucesso da modalidade, deve existir grande preparo por parte da administração pública, além de transparência, isonomia e regras claras, considerando que maior flexibilidade significa maior abertura para a ocorrência de atos de corrupção (ao menos em tese). Logo, nessa nova modalidade licitatória, será de importância fulcral a devida motivação de atos administrativos, a boa técnica na elaboração de todas as fases do certame e a atuação diligente do controle externo, expressamente mencionado no artigo 32, §1º, XII.

O referido dispositivo determina que o órgão de controle externo poderá acompanhar os diálogos competitivos, opinando, no prazo máximo de 40 dias úteis, acerca da legalidade, legitimidade e economicidade da licitação, previamente à celebração do contrato.

Sobre o tema, traz-se à baila o teor da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 916, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, na qual restou assentado que não cabe ao Tribunal de Contas da União o exame, de forma prévia, da validade de contratos administrativos celebrados pelo poder público, função

22 TELLES, Competitive dialogue in Portugal and Spain, op. cit.

23 WONDIMU, Paulus Abebe; LOHNE, Jardar; LOEDRE, Ola. Motives for the Use of Competitive Dialogue. In: 25th Annual Conference of the International Group for Lean Construction, Heraklion, Greece, 9-12 Jul. 2017. p. 53-60. Disponível em: <https://iglc.net/Papers/Details/1485>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

24 <http://www.novaleilicacao.com.br/2020/01/03/saiba-o-que-e-o-dialogo-competitivo-modalidade-prevista-no-projeto-da-nova-lei-de-licitacoes/>

que cabe ao Poder Executivo, no arranjo constitucional de separação de poderes. No caso que deu origem ao julgamento, a Corte Suprema censurou lei local que condicionava a validade de contratos públicos ao exame prévio pela Corte de Contas.

De forma diversa, no regramento do diálogo competitivo, o controle externo pode ser exercido, porém, em caso de sua atuação (que sequer é obrigatória, a partir de uma interpretação literal do dispositivo), a celebração do contrato não está vinculada ao aval do órgão de controle, que possui prazo fixado pela nova lei para emitir opinativo. Em caso de silêncio dos órgãos de controle, o contrato pode ser normalmente celebrado.

Imperioso ressaltar que a lei não tem o condão de autorizar a realização do controle externo, considerando que os agentes de controle possuem competência constitucional para realizar a análise concomitante de certames, razão pela qual, em termos práticos, o art. 32, §1º, XII, é inócuo, possuindo, contudo, a função simbólica de demonstrar o cuidado do legislador com a possibilidade de manejo inadequado do instituto, considerando, especialmente, a flexibilidade de atuação abrigada pela norma, o vulto das contratações por ele disciplinadas e o histórico de corrupção no Brasil.

## 5 CONCLUSÃO

É consenso entre os operadores do Direito a necessidade de superação da Lei nº 8.666/1993, pelos motivos singelamente elencados no presente trabalho. Nesse compasso, a edição do Projeto de Lei nº 4.253/2020, que no presente momento aguarda a sanção presidencial, deverá otimizar as contratações públicas e, em certa medida, a economia brasileira.

O diálogo competitivo, claramente inspirado na Diretiva 2014/24/CE da União Europeia, propõe mitigar a paralisia do administrador público frente a questões relevantes impostas pela modernidade e evitar a deflagração de certames inoperáveis e contratos anacrônicos, elaborados por servidores que, malgrado bem-intencionados, não conhecem variáveis de domínio exclusivo dos agentes econômicos privados, que agora são chamados pela administração para, em concerto, elaborar termos que permitam solucionar as necessidades públicas.

Conforme sinalizado, a disciplina do tema carece de ajustes e esclarecimentos, principalmente no tocante aos critérios de julgamento, meios de determinação da solução na fase dialógica, número de participantes e outras questões que podem determinar o sucesso ou fracasso do instituto e a sua blindagem face a investidas de agentes mal-intencionados. Como bem apontado por Michael Burnett, “o diálogo competitivo já foi aplicado de diversas maneiras distintas mas nem todas elas são igualmente efetivas em atingir o *value for money*”.<sup>25</sup>

Portanto, é com entusiasmo que a doutrina brasileira recepciona a disciplina do diálogo competitivo, instituto analisado neste artigo. Tratando-se de instrumento inédito no ordenamento jurídico brasileiro, é provável que sua aplicação adequada requeira ajustes futuros, não apenas na legislação, mas também na mentalidade dos envolvidos.

Tal circunstância não rouba o brilho do seu advento, principalmente por representar um passo rumo à transição entre a burocracia weberiana e a busca por resultados ótimos de atendimento das necessidades públicas. Em outras palavras, o singelo artigo 32 do Projeto de Lei nº 4.253/2020 demonstra que o legislador brasileiro está atento aos novos rumos do Direito Administrativo global, que coloca o procedimento como instrumento servil da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

<sup>25</sup> “(...) competitive dialogue has been applied in several different ways so far but not all of them are equally effective in achieving value for money”. Cf. BURNETT, Using Competitive dialogue in EU Public Procurement, op. cit., tradução livre.



## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 26.
- BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, estados, Distrito Federal e municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm). Acesso em: 14 de janeiro de 2021.
- BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o regime diferenciado de contratações públicas - RDC; altera a lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da presidência da república e dos ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de ministro de estado, cargos em comissão e cargos de controlador de tráfego aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a medida provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm). Acesso em: 14 de janeiro de 2021.
- BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm). Acesso em: 14 de janeiro de 2021.
- BURNETT, Michael. Using Competitive dialogue in EU Public Procurement – Early trends and future developments. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/148850786.pdf>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Communication from the commission: Public Procurement in The European Union. Brussels, 11.03.1998 COM (98) 143 final. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51998DC0143&from=EN>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.
- COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. In: \_\_\_\_\_. Direito público: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 3-24.
- DIRETIVA 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30.04.2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004L0018-20160101&from=IT>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.
- DIRETIVA 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.
- FEDERAL Aquisition Regulation – FAR – Regulamento disponível em: <https://www.acquisition.gov/browse/index/far>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.
- FORTES JUNIOR, Cléo Oliveira. Breve história das licitações no Brasil. Disponível em: <http://www.fortesjr.com.br/breve-historia-das-licitacoes-no-brasil/>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.
- FORTINI, Cristiana; RAINHO, Renata Costa. Mudanças no procedimento de manifestação de interesse em face do Decreto nº 10.104/2019. Conjur, 28 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-28/interesse-publico-mudancas-manifestacao-interesse-diante-decreto-101042019>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Mas temos muito ainda a falar sobre licitação. *Gazeta do Povo*, 6 nov. 2015. Disponível em: <http://justenfilho.com.br/tags/lei-8666/>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

LIMA, Mariana Scielesky de. Fundamentos para uma administração pública dialógica. *Perspectiva*, Erechim, v. 34, n. 126, p. 73-84, jun. 2010. Disponível em: [http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/126\\_109.pdf](http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/126_109.pdf). Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

LIMA, Raimundo Marcio Ribeiro Lima. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013.

LORA, Alejandro Huergo. *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Madrid: Civitas, 1998.

MARRARA, Thiago. O “diálogo competitivo” como modalidade licitatória e seus impactos. *Conjur*, 6 jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/thiago-marrara-dialogo-competitivo-modalidade-licitatoria>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). *Revista sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro da Bahia, n. 2, jun.-jul.-ago. 2005. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes (coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos* (e-book). Editora Zenite.

OBSERVATÓRIO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES. Saiba como é o diálogo competitivo: modalidade prevista no projeto da nova lei de licitações, 3 jan. 2020. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/03/saiba-o-que-e-o-dialogo-competitivo-modalidade-prevista-no-projeto-da-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O diálogo competitivo do projeto de lei de licitação e contrato brasileiro. Portal L&C. Disponível em: [http://licitacaoecontrato.com.br/assets/artigos/artigo\\_download\\_2.pdf](http://licitacaoecontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_2.pdf). Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

RAINHO, Renata Vaz Marques Costa. A aplicação da modalidade licitatória diálogo competitivo ao Direito Administrativo Brasileiro. ResearchGate, 7 maio 2019. Disponível em: 337146205\_A\_Aplicacao\_da\_Modalidade\_Licitatoria\_Dialogo\_Competitivo\_ao\_Direito\_Administrativo\_Brasileiro. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 4.253/2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&ts=1607679902316&disposition=inline>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

SENADO FEDERAL. Gabinete do Senador Antônio Anastasia. Parecer nº 181/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/senado-aprova-lei-licitacoes-texto1.pdf>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

TELLES, Pedro. *Competitive Dialogue in Portugal and Spain*. Tese (Doutorado em Filosofia), Copenhagen Business School, University of Nottingham, out. 2010. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2308502](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2308502). Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

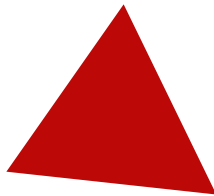
WONDIMU, Paulus Abebe; LOHNE, Jardar; LOEDRE, Ola. Motives for the Use of Competitive Dialogue. In: 25th Annual Conference of the International Group for Lean Construction, Heraklion, Greece, 9-12 Jul. 2017. p. 53-60. Disponível em: <https://iglc.net/Papers/Details/1485>. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.





# A APLICABILIDADE DO ART. 28 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB) AO DEVER DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO\*

THE APPLICABILITY OF THE ARTICLE 28 OF THE INTRODUCTION LAW TO THE BRAZILIAN JUSTICE RULES (LINDB) TO THE REPAYMENT DUTY TO THE PUBLIC FUNDS



## Lucas Marcelo Costa Aguiar

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Servidor comissionado no Gabinete do Dr. Daniel de Carvalho Guimarães – Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Divergências doutrinárias na interpretação do art. 28; 3 A interpretação conferida pela incipiente jurisprudência; 4 A Medida Provisória nº 966/2020 e a decisão cautelar do supremo tribunal federal; 5 Análise da aplicabilidade do art. 28 ao dever de ressarcimento ao erário; 5.1 regime jurídico das sanções administrativas e do ressarcimento ao erário; 5.2 ressarcimento ao erário no art. 37, §6º, da constituição da república; 5.3 a interpretação do termo “culpa” do art. 37, §6º, da constituição da república; 5.3.1 o art. 37, §6º, da constituição da república, como norma de eficácia plena; 5.3.2 análise do termo “culpa” como cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado; 6 considerações finais.

**Resumo:** Em 25 de abril de 2018 foi promulgada a Lei nº 13.655/2018, que incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), dentre outros, o art. 28, tratando da responsabilidade dos agentes públicos por suas decisões ou opiniões técnicas quando praticadas com dolo ou erro grosseiro. Considerando a existência de várias esferas de responsabilidade nas quais o agente público pode ser chamado a responder por seus atos, como, por exemplo, as esferas penal, civil, administrativa e por atos de improbidade administrativa, doutrina e jurisprudência logo divergiram na interpretação que deveria ser conferida à norma. Enquanto uns defendiam uma interpretação extensiva do dispositivo, aplicando-o às várias esferas, outros pregavam interpretação restritiva, limitada a uma das esferas. Em razão da relevância que possui o regime de responsabilização dos agentes públicos, e especificamente a relevância, para os Tribunais de Contas, da responsabilização destes agentes por danos ao erário, bem como pela escassez de estudos aprofundados sobre o tema até o presente momento, buscou-se realizar uma análise detalhada e crítica dos principais argumentos levantados por cada uma das correntes doutrinárias e jurisprudenciais que se formaram acerca da interpretação do dispositivo legal. Após a análise realizada, foi possível confirmar a hipótese inicial, concluindo-se pela inaplicabilidade da norma legal ao dever de ressarcimento ao erário.

**Abstract:** On April 25 2018, the Act nº 13.655/2018 was proclaimed, including in the LINDB (Decree-law nº 4.657, of September 4, 1942), the article 28, which deals with the responsibility of public agents for their decisions or technical opinions when practiced with deceit or essential mistake. Considering the existence of different responsibility spheres to which the public agent can be called to answer, for example, the criminal, civil and administrative spheres, doctrine and jurisprudence soon came to divergence when interpreting the regulation. While some advocate an extensive interpretation of the law device, applying it to many different fields, others advocate a restrictive approach, limited to only one. Due to the relevance given to public agents accountability, and specifically the relevance, to the Government Accountability Offices, of the responsibility of these agents for public money loss, and likewise the shortage of in-depth studies on the matter up to this point, this study constructs a detailed and critical analysis of the main topics defended by doctrinaire and jurisprudential currents, which were developed around the interpretation of the law device. After analyzing the applicability of the legal device, it was possible to confirm the initial hypothesis, concluding that the law device does not apply to the repayment duty to the public funds.

**Palavras-chave:** Responsabilidade do agente público; Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; Lei nº 13.655/2018; Ressarcimento ao erário; Dolo ou erro grosseiro.

**Keywords:** Public agents responsibility; Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; Law nº 13.655, of April 25, 2018; Repayment to the public funds; Essential mistake.

\* Recorte de trabalho de conclusão de curso, apresentado como requisito para a conclusão do curso de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais em outubro de 2020.



## 1 INTRODUÇÃO

Em 25 de abril de 2018, foi publicada no Brasil a Lei nº 13.655, que acrescentou ao Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB) os artigos 20 a 30. As normas inseridas na LINDB são, nos termos da Lei nº 13.655/2018, “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”<sup>1</sup>

Os dispositivos inseridos no ordenamento jurídico são inovadores e de grande relevância para a administração pública. As normas tratam desde critérios para decisão, vedando o embasamento exclusivamente em valores jurídicos abstratos e impondo a demonstração da necessidade e adequação da medida (art. 20), critérios para interpretação das normas sobre gestão pública, determinando ao julgador que se atente aos obstáculos e dificuldades reais enfrentadas pelo gestor público (art. 22), regime de transição para nova interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado (art. 23), realização de consulta pública e celebração de compromisso para eliminar irregularidade ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público (art. 26), até parâmetros de responsabilização dos agentes públicos (art. 28), sendo este último dispositivo o foco do presente artigo.

O art. 28 da LINDB dispõe que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”<sup>2</sup>. O enunciado da norma gera ao menos dois questionamentos de suma importância: o primeiro se refere ao conceito de erro grosseiro, termo não utilizado nas demais leis que tratam da responsabilidade do agente público e que, a princípio, parece se assemelhar à culpa grave. Esse primeiro questionamento, apesar de extremamente importante, não será objeto do presente estudo, que não pretende conceituar o termo “erro grosseiro”. No entanto, ao longo do trabalho, para melhor análise dos temas que serão tratados, adotar-se-á o termo “erro grosseiro” como equivalente à culpa grave. Essa equiparação entre culpa grave e erro grosseiro vem sendo utilizada tanto pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU)<sup>3</sup> quanto pela doutrina, podendo-se citar, como exemplos, os juristas Luciano Ferraz<sup>4</sup> e Landolfo Andrade.<sup>5</sup>

O segundo problema gerado pelo enunciado da norma decorre da existência de diversas esferas de responsabilização dos agentes públicos. Nesse sentido, tais agentes podem ser responsabilizados penal, civil e administrativamente, bem como por atos de improbidade administrativa. Diante disso, o segundo questionamento que surge do art. 28 da LINDB diz respeito às esferas de responsabilidade do agente público que seriam abrangidas pela norma. Esse segundo problema, ou questionamento, é o que será o foco do presente artigo.

Conforme já dito, os agentes públicos estão sujeitos à responsabilização em diversas esferas, cada uma decorrente de ilícitos de diferentes tipos e gravidades, com pressupostos diversos para sua caracterização e com finalidades dessemelhantes. Na lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

1 BRASIL. Lei nº 13.655/2018. 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.655%2C%20DE%2025%20DE%20ABRIL%20DE%202018.&text=Inclui%20no%20Decreto%20Lei%20n%C2%BA,na%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20p%C3%ABlico](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.655%2C%20DE%2025%20DE%20ABRIL%20DE%202018.&text=Inclui%20no%20Decreto%20Lei%20n%C2%BA,na%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20p%C3%ABlico). Acesso em: 15/10/2020.

2 BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657/1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 15/10/2020.

3 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência* 275/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/erro%2520grosseiro%2520culpa%2520grave/PUBLICACAO%253A%2522Boletim%2520de%2520Jurisprud%25C3%25Ancia%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/4/%2520?uuid=ee5b4240-0f5f-11eb-9a11-3bbc049f5579>. Acesso em: 15/10/2020.

4 FERRAZ, Luciano. Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Consultor Jurídico*, 10 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade>. Acesso em: 15 out. 2020.

5 ANDRADE, Landolfo. A repercussão do artigo 28 da LINDB na interpretação e aplicação do artigo 10 da Lei 8.429/92. *GEN Jurídico*. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/687668430/a-repercussao-do-artigo-28-da-lindb-na-interpretacao-e-aplicacao-do-artigo-10-da-lei-8429-92>. Acesso em: 15/10/2020.



O servidor público sujeita-se à responsabilidade civil, penal e administrativa decorrente do exercício do cargo, emprego ou função. Por outras palavras, ele pode praticar atos ilícitos no âmbito civil, penal e administrativo. Hoje existe também a responsabilidade por atos de improbidade administrativa que, embora processada e julgada na área cível, produz efeitos mais amplos do que estritamente patrimoniais, porque pode levar à suspensão dos direitos políticos e à perda do cargo, com fundamento no artigo 37, §4º, da Constituição (1/4).<sup>6</sup>

Apesar de os agentes públicos poderem ser chamados a responder nessas quatro esferas, importante tecer algumas considerações quanto ao escopo do presente artigo. Em primeiro lugar, destaca-se que não se analisará a esfera penal, por dois motivos. O primeiro motivo é que parece ser evidente a não aplicação do art. 28 da LINDB a essa esfera, em razão de todas as suas peculiaridades – condutas com o maior grau de reprovabilidade social no ordenamento jurídico, leis específicas disciplinando os tipos penais, garantias constitucionais aplicáveis aos processos de natureza penal, entre outras. O segundo motivo, que decorre do primeiro, é o fato de os estudos doutrinários realizados até o momento sequer mencionarem a esfera penal na discussão da aplicação do art. 28, demonstrando a inexistência de controvérsia nesse ponto.

Em segundo lugar, destaca-se que a esfera de responsabilidade civil dos agentes públicos não será tratada em tópico específico a ela. Isso porque, como se demonstrará no tópico referente à aplicabilidade do art. 28 ao dever de ressarcimento ao erário, apesar de a ação civil de regresso e a ação de ressarcimento ao erário possuírem várias diferenças entre si – processamento, órgão julgador, pressupostos, provas que podem ser produzidas, entre outras –, o efeito final de ambas, que consiste na imposição ao agente público de restituição ao erário do prejuízo causado, é muito semelhante. Em razão dessa semelhança, as conclusões relativas à aplicabilidade do art. 28 ao dever de ressarcimento ao erário serão estendidas à esfera de responsabilidade civil.

Em terceiro lugar, não será analisada a esfera de responsabilidade por atos de improbidade administrativa. Apesar de existir divergência doutrinária quanto à aplicação ou não do art. 28 da LINDB aos atos de improbidade administrativa – com parte dos autores defendendo a revogação parcial do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa pelo critério cronológico de solução de antinomias jurídicas e outra parte defendendo a não aplicação do art. 28 da LINDB a esses atos, com base no critério da especialidade –, tal divergência não será objeto do presente artigo, tendo em vista a brevidade do trabalho e o fato de o julgamento dos atos de improbidade administrativa não ser de competência dos Tribunais de Contas, mas apenas do Poder Judiciário.

Ademais, importante destacar em que medida o Decreto nº 9.830/2019, que regulou os dispositivos introduzidos na LINDB, pode ser utilizado para o desenvolvimento do presente estudo. Afinal, o art. 14 do decreto dispõe que o direito de regresso somente poderá ser exercido caso o agente público tenha agido com dolo ou erro grosseiro, o que, a princípio, poderia ser importante para a interpretação do próprio art. 28 da LINDB. No entanto, conforme demonstrado no decorrer do trabalho, a aplicabilidade do art. 28 ao direito de regresso e ao ressarcimento ao erário depende da interpretação que se confira à norma constitucional do art. 37, §6º. Dessa forma, os dispositivos do Decreto nº 9.830 não serão considerados parâmetros interpretativos, visto que sua própria validade está condicionada à interpretação da norma constitucional. Neste sentido, se o art. 28 – ou ao menos alguma de suas interpretações – for conflitante com a norma constitucional, também serão os dispositivos do decreto.

O art. 28 da LINDB, ao não delimitar as esferas sobre as quais seria aplicável, gerou forte dissenso na doutrina e jurisprudência pátrias quanto à interpretação do dispositivo. Tal divergência recai, principalmente, sobre sua aplicação, ou não, ao dever de ressarcimento ao erário. Quando algum agente público dá causa a prejuízos ao erário, surge o dever de ressarcimento do dano causado. Sobre o tema,

6 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 772.

parte da doutrina – representada por Pedro Cota Passos, Luciano Ferraz, Gustavo Binenbojm e André Cyrino – entendeu que o art. 28 da LINDB seria plenamente aplicável ao dever de ressarcimento. Nesse sentido, o agente público que causasse danos ao erário somente teria o dever de ressarcir-lo caso tivesse agido com dolo ou erro grosseiro. A corrente doutrinária oposta – representada por Alcir Moreno da Cruz, Mauro Borges e Landolfo Andrade – entendeu, ao contrário, que o dever de ressarcimento não seria abrangido pelo art. 28, visto que possui fundamento em norma constitucional (art. 37, §6º, da CR/88) que impõe o ressarcimento em caso de dolo ou culpa *stricto sensu*. Ou seja, para essa segunda corrente, o dispositivo legal seria aplicável tão somente às sanções administrativas.

A jurisprudência sobre o tema, por sua vez, ainda é demasiadamente escassa. E é natural que assim seja, visto que se trata de norma ainda recente e de grande impacto para os agentes públicos e para o Direito Administrativo como um todo. Apesar da escassez jurisprudencial, o TCU vem decidindo no sentido de não aplicar o art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento ao erário.

A propósito da coleta de jurisprudência para o presente artigo, destaca-se que as análises recaíram especialmente sobre decisões do TCU pelo fato de este ter sido o órgão julgador que mais intensamente aplicou as novas disposições incluídas na LINDB, sendo boa parte dessa aplicação voltada ao art. 28. Apesar de diversos Tribunais de Contas estaduais já terem proferido decisões aplicando o art. 28 da LINDB, poucos foram os que entraram na discussão da aplicabilidade do dispositivo ao dever de ressarcimento ao erário. Nesse sentido, a maioria das decisões desses Tribunais se limitaram a enquadrar determinada conduta como sendo ou não “erro grosseiro”, o que não contribui para o tema do estudo. Nessa medida, somente as decisões dos Tribunais de Contas estaduais que efetivamente discutiram a aplicabilidade do dispositivo ao dever de ressarcimento foram consideradas fonte jurisprudencial para o trabalho. Na coleta desses julgados, tanto do TCU quanto dos TCs estaduais, considerou-se o período desde a promulgação da Lei nº 13.655/2018 até a presente data.

Ademais, como complemento aos julgados dos Tribunais de Contas sobre o tema, analisou-se a decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) propostas contra o art. 1º da Medida Provisória nº 966/2020, o art. 28 da LINDB e os arts. 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019. A análise dessa decisão tem pertinência pelo fato de os dispositivos questionados perante o STF possuírem redação muito semelhante entre si e de tal questionamento incidir justamente sobre as esferas a que seriam aplicáveis, coincidindo, portanto, com o tema do presente artigo.

O objetivo do presente estudo é contribuir para a interpretação do art. 28 da LINDB, especificamente acerca de sua aplicação, ou não, ao dever de ressarcimento ao erário, tema de evidente importância na atuação dos Tribunais de Contas.

Ademais, servindo-se da compreensão de Marçal Justen Filho acerca da esfera de responsabilidade administrativa, considera-se que esta é dividida em duas partes: uma é referente às sanções administrativas e outra diz respeito ao dever de ressarcimento ao erário. Para o autor, a origem da responsabilidade administrativa é o dever de comprometimento individual dos agentes públicos para com o aparato estatal, incluindo a impossibilidade de eximirem-se dos efeitos de suas condutas reprováveis ou equivocadas e do dever de prestar contas. Nesse sentido, expõe o autor que:

A responsabilidade administrativa consiste nessa situação de submissão perante o Estado e a sociedade, o que importa o dever de responder pelos efeitos dos atos praticados. Isso compreende a submissão ao sancionamento administrativo – mas não se restringe a tanto.

A responsabilidade administrativa traduz-se em inúmeros deveres, tais como o de prestar contas e esclarecimentos a propósito dos próprios atos. Mas a manifestação mais grave da responsabilidade administrativa consiste no sancionamento administrativo.<sup>7</sup>

7 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1052.

Conforme se depreende do trecho transcrito, o conceito de responsabilidade administrativa adotado pelo autor não abarca somente o direito administrativo sancionador, mas coloca este como apenas uma de suas consequências. Outra consequência seria o dever de prestar contas e, por conseguinte, o dever de ressarcimento ao erário em caso de irregularidade das contas. Em sentido semelhante, Marco Aurélio Souza da Silva<sup>8</sup>, ao tratar da responsabilidade administrativa no âmbito dos Tribunais de Contas, coloca-a não só em seu aspecto sancionador, mas em todos os aspectos previstos nos artigos 70 e 71 da CR/88, incluído aí o julgamento das contas dos administradores e, conseqüentemente, a imputação em débito dos agentes causadores de dano.

Com base nessas concepções, a hipótese formulada é de que o art. 28 da LINDB somente é aplicável à esfera de responsabilidade administrativa dos agentes públicos e, dentro desta, somente em relação às sanções administrativas, ou seja, somente para o direito administrativo sancionador. Fica excluído da abrangência do dispositivo legal, portanto, o dever de ressarcimento ao erário.

## 2 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS NA INTERPRETAÇÃO DO ART. 28

Conforme analisado na introdução do trabalho, os agentes públicos podem ser responsabilizados por seus atos em diferentes esferas: penal, civil, administrativa e por atos de improbidade administrativa. O art. 28 da LINDB, ao não especificar qual dessas esferas estaria a regular, deu espaço à formação de correntes doutrinárias e jurisprudenciais contrapostas.

No campo doutrinário, o ponto de divergência principal se refere à aplicação, ou não, do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento ao erário pelos agentes públicos que a ele causarem prejuízo.

Nesse ponto, a primeira corrente doutrinária entende que o dispositivo não seria aplicável às ações de ressarcimento ao erário, argumentando que o art. 37, §6º, da CR/88,<sup>9</sup> determina o ressarcimento por dolo ou culpa. Nesse sentido, o legislador infraconstitucional não poderia ter limitado o grau de culpa estabelecido em norma constitucional. Alcir Moreno da Cruz e Mauro Borges, filiados a essa corrente, afirmam que “o alvo ou campo de incidência do artigo 28 da LINDB consiste no Direito sancionador, não devendo ser confundido com os requisitos para a imputação de débitos a pessoas jurídicas ou naturais em face do dever de ressarcimento ao erário, sob pena de fusão indevida de sistemas jurídicos diversos”.<sup>10</sup> Landolfo Andrade, por sua vez, entende que:

A Constituição Federal, ao estatuir a regra geral da responsabilidade civil objetiva do Estado, preservou, quanto a seus agentes causadores do dano, a responsabilidade subjetiva, subordinada a casos de dolo ou culpa. Esse regime de responsabilidade está previsto na parte final do § 6º do art. 37 da Constituição (¼).

Nessa ordem de ideias, entendemos que o artigo 28 da LINDB não pode ser aplicado na dimensão ressarcitória de responsabilização dos agentes públicos, sob pena de ofensa direta ao comando do artigo 37, § 6º, da CF. Assim, sempre que um agente público causar dano ao patrimônio público ou de terceiros, poderá ser compelido a repará-lo com base na prova do dolo ou da culpa (simples), não incidindo, na espécie, o artigo 28 da LINDB, que exige a prova de dolo ou erro grosseiro (culpa grave), aplicável apenas na dimensão punitiva de responsabilização dos agentes públicos.

8 SILVA, Marco Aurélio Souza da. *Tribunais de Contas: teoria e prática da responsabilização de agentes públicos e privados por infração administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 30-31.

9 Art. 37. (...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

10 CRUZ, Alcir Moreno da; BORGES, Mauro. O artigo 28 da LINDB e a questão do erro grosseiro. *Revista Consultor Jurídico*, 14 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/opiniao-artigo-28-lindb-questao-erro-grosseiro>. Acesso em: 10 set. 2020.



Dito de outro modo, o artigo 37, § 6º, da CF está tratando de ressarcimento aos cofres públicos no exercício do seu direito de regresso (dimensão ressarcitória), ao passo que o artigo 28 da LINDB está tratando única e exclusivamente da pretensão punitiva estatal (dimensão punitiva).<sup>11</sup> (Sem grifos no original.)

Em sentido contrário, a segunda corrente doutrinária entende que o art. 37, §6º, da CR/88, poderia ser disciplinado pelo legislador infraconstitucional, que teria legitimidade para delimitar o grau de culpa necessário para a ação de regresso prevista no dispositivo constitucional. Nesse sentido, destaca-se a lição de Joel de Menezes Niebuhr:

O § 6º do artigo 37 da Constituição Federal refere-se à indenização nos casos de dolo ou culpa, realmente, sem qualquer gradação. Entretanto, aqui está o primeiro argumento, nada impede que o legislador infraconstitucional discipline o assunto e estabeleça balizas e condicionantes, definindo graus de culpa para efeito da obrigação de indenização por parte de agentes públicos, como bem observou o Professor Clovis Beznos, em Conferência proferida no XV Congresso Goiano de Direito Administrativo. O constituinte não proibiu o legislador infraconstitucional de fazê-lo. E, de mais a mais, o condicionamento de normas constitucionais pelo legislador infraconstitucional é algo absolutamente frequente e não representa afronta ao texto constitucional.<sup>12</sup> (Sem grifos no original.)

Filiando-se a essa corrente e incrementando a argumentação, Luciano Ferraz faz uma diferenciação entre os danos causados a terceiros e os danos causados à própria administração:

O terceiro argumento, atribuído a este que vos escreve agora, é o de que o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição dedica-se aos danos causados pelos agentes públicos a terceiros (externos), e não aos danos causados pelos agentes públicos à própria administração pública (internos). O texto constitucional, com efeito, é categórico, ao dizer que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros...” — e como consequência o legislador democrático pode definir a responsabilidade interna de maneira diversa, sob pena de inconstitucionalidade da responsabilidade funcional dos magistrados, membros do Ministério Público e dos tribunais de contas.<sup>13</sup> (Sem grifos no original.)

O Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) realizou, no dia 14 de junho de 2019, seminário docente intitulado “Impactos de Lei nº 13.655/18 no Direito Administrativo”, que culminou na aprovação de 21 enunciados, dos quais se destacam os seguintes:

19. A modalidade culposa de improbidade administrativa não se harmoniza com a Constituição, porque improbidade é ilegalidade qualificada pela intenção desonesta e desleal do agente. Não obstante, analisando-se a legislação infraconstitucional, o art.10 da Lei de Improbidade Administrativa deve ser interpretado de acordo com o art. 28 da LINDB, afastando-se a possibilidade de configuração da improbidade sem a presença de erro grosseiro do agente (culpa grave).

20. O art. 28 da LINDB, para os casos por ele especificados (decisões e opiniões técnicas) disciplinou o §6º do artigo 37 da Constituição, passando a exigir dolo ou erro grosseiro (culpa grave) também para fins da responsabilidade regressiva do agente público.<sup>14</sup>

Como se observa, o IBDA aderiu à corrente doutrinária que entende pela aplicação ampla do art. 28 da LINDB, abarcando, em sua interpretação, o dever de ressarcimento ao erário.

11 ANDRADE, A repercussão do artigo 28 da LINDB na interpretação e aplicação do artigo 10 da Lei 8.429/92

12 NIEBUHR, Joel de Menezes. O erro grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. *Blog Zênite*, 14 nov. 2018. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>. Acesso em: 10 set. 2020.

13 FERRAZ, Luciano. Alteração na Lindb e seus reflexos sobre a responsabilidade dos agentes públicos. *Revista Consultor Jurídico*, 29 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/interesse-publico-lindb-questao-erro-grosseiro-decisao-tcu>. Acesso em: 10 set. 2020.

14 INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. *Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo*. Tiradentes, 2019.



### 3 A INTERPRETAÇÃO CONFERIDA PELA INCIPIENTE JURISPRUDÊNCIA

Se na doutrina já se vê robusto desenvolvimento teórico acerca da abrangência do art. 28 da LINDB, inclusive com clara definição de duas correntes opostas, o mesmo não se pode dizer sobre o campo jurisprudencial. É normal que assim seja, visto que os processos de responsabilização, na esfera administrativa, controladora ou judicial, tendem a tramitar por longos períodos, retardando sua conclusão. A escassez de julgados sobre o tema também pode ser decorrente justamente da dificuldade interpretativa acerca do dispositivo, em especial ao se considerarem os efeitos de grande relevância que a norma pode trazer.

Até o presente momento não há, no âmbito do Poder Judiciário, decisão relevante sobre os limites interpretativos das esferas de aplicação do art. 28 da LINDB. Assim, nesse primeiro momento, em que a norma ainda é considerada recente, coube aos Tribunais de Contas a tarefa de interpretá-la. O TCU assumiu posição de destaque, já tendo julgado uma quantidade razoável de casos desde a promulgação da Lei nº 13.655/2018 até a presente data, e até mesmo elaborando enunciados jurisprudenciais em seus Boletins de Jurisprudência. Nesse sentido, o TCU filiou-se à corrente que entende pela inaplicabilidade do art. 28 ao dever de ressarcimento ao erário. Nesses termos, destaca-se trecho de decisão proferida pelo Plenário da Corte de Contas:

109. Recentes alterações legislativas têm procurado delinear melhor as condutas dos agentes públicos que ensejam a aplicação de sanções. Nesse sentido, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com redação dada pela Lei 13.655/2018) trouxe a seguinte disposição:

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

110. Como se observa, tal dispositivo não se aplica ao particular contratado pela Administração Pública para elaborar projeto de obra rodoviária.

111. Friso também que *tal dispositivo se refere exclusivamente à aplicação de sanções, visto que o dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição:*

“6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

112. Como é cediço, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre dolo e culpa, nem entre os graus de culpa para fins de reparação do dano.

113. *Tenha o particular atuado com dolo ou culpa levíssima, existirá sempre a obrigação de indenizar. Persiste, pois, a ideia extraída do brocardo do Direito Romano de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar.*<sup>15</sup> (Sem grifos no original.)

Em sentido semelhante a essa decisão são os Acórdãos nº 2.391/2018 (Plenário) e 5.547/2019 (Primeira Câmara). O entendimento do TCU sobre o tema aparenta já estar pacificado, inclusive com a edição de dois enunciados de jurisprudência:

*Boletim de Jurisprudência nº 273/2019*

A regra prevista no art. 28 da Lindb (Decreto-lei 4.657/1942), que estabelece que o agente

15 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2768/2019 – Plenário*. Processo 002.048/2014-0. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 20/11/2019. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/?NUMACORDAO%253A2768%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=52941000-f469-11ea-9be6-f9e0edae0e68](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/?NUMACORDAO%253A2768%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=52941000-f469-11ea-9be6-f9e0edae0e68). Acesso em: 11 set. 2020.

público só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica à responsabilidade financeira por dano ao erário. O dever de indenizar prejuízos aos cofres públicos permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, tendo em vista o tratamento constitucional dado à matéria (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).<sup>16</sup>

*Boletim de Jurisprudência nº 291/2019*

O art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb), que trata da responsabilização pessoal do agente em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica ao particular contratado pela Administração Pública e se refere exclusivamente à aplicação de sanções, visto que o dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).<sup>17</sup>

Alguns poucos Tribunais de Contas estaduais também se manifestaram acerca da interpretação do art. 28 da LINDB, todos em sentido semelhante ao adotado pelo TCU, ou seja, de aplicação do dispositivo apenas para o Direito Administrativo sancionador, e não para o ressarcitório. Recorda-se aqui, conforme exposto na introdução do trabalho, que a coleta de jurisprudência dos Tribunais de Contas estaduais levou em consideração somente as decisões que tratavam da aplicabilidade do art. 28 ao dever de ressarcimento, razão pela qual poucos foram os Tribunais selecionados. Nesse sentido, apesar de outros Tribunais de Contas<sup>18</sup> – como o TCE/RS e TCE/PR – terem se manifestado sobre o tema, destaca-se, exemplificativamente, trecho de decisão proferida pelo Plenário do TCE/ES:

Contudo, é imperioso destacar que a identificação da culpa grave é condição relevante apenas para o exercício da pretensão punitiva dos Tribunais de Contas, já que a exigência do mais alto grau da culpa não pode ser obstáculo, no âmbito desta Casa, à reparação de dano causado por todo aquele que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público e isso se deve a questões tanto de especificidade e quanto de distinção entre as searas da improbidade administrativa e do controle externo, já que este tem espectros mais amplos que aquele.

Assim, especificamente para efeito de reparação de dano ao erário apurado pelas Cortes de Contas, basta que se identifique que a atuação do agente público se deu em sua modalidade dolosa ou culposa, sendo irrelevante para imposição do ressarcimento a aferição do grau com que se praticou o ato culposos.

(...)

Portanto, a avaliação em torno do erro grosseiro terá importância somente para fins de imposição e dosimetria das penalidades cabíveis (multa, inabilitação, inidoneidade e proibição de contratar), não sendo autorizada a não condenação de eventuais responsáveis ao ressarcimento devido por terem atuado com baixo grau de reprovabilidade, sob pena de se contrariar a teoria geral da responsabilidade e as particularidades de cada instância.<sup>19</sup> (Sem grifos no original.)

16 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência* 273/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/erro%2520grosseiro/PUBLICACAO%253A%2522Boletim%2520de%2520Jurisprud%25C3%25AAncia%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/9/%2520?uuid=52941000-f469-11ea-9be6-f9e0edae0e68>. Acesso em: 11 set. 2020.

17 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência* 291/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/erro%2520grosseiro/PUBLICACAO%253A%2522Boletim%2520de%2520Jurisprud%25C3%25AAncia%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/5/%2520?uuid=52941000-f469-11ea-9be6-f9e0edae0e68>. Acesso em: 11 set. 2020.

18 Nesse sentido, confira-se: TCE-ES, Acórdão 00396/2019-1 – Plenário, processo 02153/2014-5, Relator Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, sessão de 09/04/2019; TCE-ES, Acórdão 01195/2019-2 – Plenário, processos 04386/2019-1 e outros, Relator Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, sessão de 10/09/2019; TCE-RS, processo 9306-0200/12-0 – Primeira Câmara, sessão de 11/02/2020, Relator Conselheiro-Substituto Roberto Debacco Loureiro; TCE-PR, processo 357281/19, acórdão 543/20 – Tribunal Pleno, Relator Conselheiro José Durval Mattos do Amaral, sessão de 04/03/2020.

19 ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Acórdão 00237/2020-4 – Plenário. Processo 08867/2014-7. Relator Sérgio Aboudib Ferreira Pinto. Sessão de 10/03/2020. Disponível em: <https://servicos.tce.es.gov.br/Publica/VisualizadorDocumento/LerPdf?idDocumento=2669720&key=af4908c7b802467c5a5851ab0860840c0a4670fc210d4c93d22dc6584a96087208dddc2d550c56d06d3d-116343138c73b5c04d1467a493578082b8090c6ebdb0>. Acesso em: 11 set. 2020.

Conforme se observa, a jurisprudência dos Tribunais de Contas tem adotado a interpretação mais restrita do art. 28 da LINDB, no sentido de sua inaplicabilidade ao dever de ressarcimento ao erário pelo agente que causa prejuízos. Evidentemente, o entendimento jurisprudencial está sujeito a alterações, especialmente no Poder Judiciário, que ainda não se aprofundou na interpretação do dispositivo.

## 4 A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020 E A DECISÃO CAUTELAR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 13 de maio de 2020, foi publicada a Medida Provisória nº 966, que dispôs “sobre a responsabilização dos agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19”. O art. 1º a MP<sup>20</sup> é quase idêntico ao art. 28 da LINDB, diferenciando-se deste apenas por ser restrito às medidas de enfrentamento à Covid-19 e por especificar as esferas de responsabilidade em que seria aplicável: civil e administrativa.

No entanto, foram ajuizadas as ADIs nº 6.421 (Rede Sustentabilidade), 6.422 (Cidadania), 6.424 (Partido Socialismo e Liberdade), 6.425 (Partido Comunista do Brasil), 6.427 (Associação Brasileira de Imprensa), 6.428 (Partido Democrático Trabalhista) e 6.431 (Partido Verde) em face do dispositivo. Os pedidos realizados nas ADIs eram, basicamente, a suspensão dos efeitos da MP nº 966/2020, do art. 28 da LINDB e dos arts. 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019, em caráter liminar e, ao final, a declaração de inconstitucionalidade desses dispositivos. O argumento utilizado foi justamente aquele adotado por uma das correntes doutrinárias já mencionada: a impossibilidade de o legislador infraconstitucional regulamentar o grau do elemento subjetivo do agente público para caracterização de sua responsabilidade quanto ao dever de ressarcimento ao erário, por ser contrária à previsão do art. 37, §6º, da CR/88.

Nas sessões dos dias 20<sup>21</sup> e 21<sup>22</sup> de maio de 2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual, em razão da pandemia da Covid-19, julgou o pedido liminar das ADIs. O ministro Luís Roberto Barroso, relator dos processos, antes de adentrar no mérito de seu voto, esclareceu o seguinte:

Nós estamos aqui discutindo um conjunto de três atos normativos: a Medida Provisória 966 de 2020, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro na redação que foi dada pela Lei 13.655 de 2018, e o Decreto regulamentador desta lei, Decreto 9.830 de 2019. Eu observo, Presidente, que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é uma lei datada de 25 de abril de 2018, que, portanto, já está em vigor há mais de dois anos. (...). E, portanto, o fato de ela vigor há mais de dois anos, e esse caráter mais abstrato que ela se reveste, eu acho que torna totalmente inoportuno, pelos parâmetros do Supremo, apreciar em medida cautelar a validade ou não do artigo 28 desta lei que está sendo aqui impugnada. Portanto, eu, desde logo, observo que a medida cautelar que trago à apreciação do Plenário não estará versando sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nem tampouco estará versando sobre o Decreto 9.830, que a regulamenta (...). *Portanto, delimitando o objeto da decisão cautelar que trago ao Plenário, ela se refere única e exclusivamente à Medida Provisória 966 de 2020.*<sup>23</sup> (Sem grifos no original.)

Portanto, como se observa pela fala do ministro relator, a decisão cautelar proferida pelo Plenário versava tão somente sobre a MP nº 966/2020. No entanto, considerando que seu art. 1º é muito semelhante ao art. 28 da LINDB, e que, durante os votos dos ministros, foram realizadas colocações acerca do tema do presente trabalho, faz-se importante a transcrição e análise de algumas de suas falas. O ministro

20 Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:

21 STF. Pleno – Atos de agentes públicos durante a pandemia, 21/05/2020. *Youtube*. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=puW5TMr7WnU&ab\\_channel=STF](https://www.youtube.com/watch?v=puW5TMr7WnU&ab_channel=STF). Acesso em: 11 set. 2020.

22 STF. Pleno – Agentes públicos devem observar critérios técnicos na pandemia (2/2) – COM AUDIODESCRIÇÃO, 22/05/2020. *Youtube*. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=9P8yE\\_v2H8&t=4816s&ab\\_channel=STF](https://www.youtube.com/watch?v=9P8yE_v2H8&t=4816s&ab_channel=STF). Acesso em: 11 set. 2020.

23 STF. Pleno – Atos de agentes públicos durante a pandemia, 21/05/2020. *Youtube*. 2:07:25 a 2:11:00. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=puW5TMr7WnU&ab\\_channel=STF](https://www.youtube.com/watch?v=puW5TMr7WnU&ab_channel=STF). Acesso em: 15 out. 2020.

Barroso, prosseguindo em seu voto, afirma o seguinte:

À vista, Presidente, de tais considerações, a minha conclusão é a de que não há um problema no texto em si a exigir uma intervenção invalidatória que suprima do ordenamento jurídico algumas de suas passagens. *Não há, a meu ver, em juízo cautelar, nada de intrinsecamente errado em restringir-se ao erro grosseiro, como quis o legislador*, com todas as vênias dos entendimentos contrários. O problema estará na qualificação do que seja erro grosseiro, e, portanto, acho que essa é a intervenção que nós precisamos fazer. Eu cuidei de excluir logo de início da incidência da Medida Provisória os atos capituláveis na Lei de Improbidade Administrativa. Portanto, essa Medida Provisória não beneficia nenhum agente público que tenha praticado ato de improbidade administrativa ou que responda pela prática de ato de improbidade administrativa.<sup>24</sup> (Sem grifos no original.)

Como se denota, o ministro, em juízo cautelar, entendeu pela aplicabilidade do dispositivo aos atos que causarem danos ao erário, visto ter reconhecido a possibilidade de o legislador restringir o grau do elemento subjetivo.

A maioria dos ministros, em seus votos, adentraram mais na conceituação do que seria o “erro grosseiro” do que propriamente na delimitação do dispositivo quanto às esferas nas quais seria aplicável. No entanto, o ministro Ricardo Lewandowski mencionou brevemente o tema, assim se manifestando:

O primeiro obstáculo que eu vejo, Sr. Presidente, é justamente a dicção muito clara, muito taxativa, do art. 37, §6º, da nossa Constituição, que estabelece, primeiro, que a responsabilidade do estado por danos que seus agentes causarem a terceiros é objetiva: basta demonstrar o nexo de causalidade. Isto sem prejuízo, em segundo lugar, de uma ação de regresso contra esses mesmos agentes que agiram com dolo ou culpa. *Culpa simples, Sr. Presidente, não o erro grosseiro*. Culpa informada pela negligência, imprudência e outros integrantes desse tipo de elemento subjetivo daquele que pratica um ilícito na área administrativa. Portanto, Sr. Presidente, *eu desde logo quero manifestar as minhas dúvidas relativamente à possibilidade de o legislador ordinário*, especialmente o Presidente da República, por meio de uma Medida Provisória, ainda que seja em um ambiente de calamidade pública, *contrariar frontalmente aquilo que se estabelece com muita clareza na Constituição*. A Constituição diz que o servidor público, o agente estatal, responde por dolo ou mera culpa, simples culpa. Mas deixo isso para examinar mais à frente.<sup>25</sup> (Sem grifos no original.)

O ministro Lewandowski, portanto, em juízo liminar, suscitou sua preocupação quanto à possibilidade de o legislador infraconstitucional restringir a norma contida no art. 37, §6º, da CR/88, aparentando entender, nesse sentido, pela inaplicabilidade do art. 1º da MP nº 966/2020 à dimensão ressarcitória da responsabilidade dos agentes públicos. Em sentido semelhante, o ministro Marco Aurélio Mello também se manifestou pela impossibilidade de delimitação da norma constitucional:

(...) o Estado tem o direito de regresso, e a Medida Provisória versa sobre essa matéria, ou seja, a responsabilidade do servidor. (...). Por um texto claríssimo da Constituição Federal, essa ação de regresso, ela pressupõe ou culpa ou dolo, ou dolo ou culpa, do servidor. *E a nós constatamos que, no tocante à culpa, a Medida Provisória a restringe, restrição que não está na Constituição Federal*. E, mediante a utilização do advérbio “somente”, revela que o servidor apenas responde por erro grosseiro, e nós sabemos que ele pode também responder, a teor da Constituição Federal, e de acordo com a melhor doutrina, por culpa leve.<sup>26</sup>

Em sentido diverso, o ministro Gilmar Mendes se manifestou pela possibilidade de delimitação do conceito de “culpa” pelo legislador infraconstitucional, para conferir maior segurança jurídica ao gestor público e por se tratar de conceito aberto. Nesse sentido, afirmou o seguinte:

24 *Ibidem*, 2:44:50 a 2:46:22.

25 STF. Pleno – Agentes públicos devem observar critérios técnicos na pandemia (2/2) – COM AUDIODESCRIÇÃO, 22/05/2020. *Youtube*. 35:45 a 37:30. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=9P8yE\\_v2H8&t=4816s&ab\\_channel=STF](https://www.youtube.com/watch?v=9P8yE_v2H8&t=4816s&ab_channel=STF). Acesso em: 15 out 2020.

26 *Ibidem*, 2:00:07 a 2:01:23.

A partir do regramento constitucional apresentado, não há dúvida de que seria incompatível com o art. 37, §6º, da Constituição, eventual ato normativo que buscasse imunizar o agente público pela prática de ato ilícito culposo ou doloso. Todavia, dada a própria abertura semântica do conceito “culpa” no campo de responsabilidade administrativa, não parece que seria defeso ao legislador ordinário, com intuito de conferir maior segurança jurídica ao gestor público, a previsão de elementares culposas qualificadas que pudessem trazer a especificação normativa da conduta culposa moldada a práxis da gestão pública.<sup>27</sup>

Em resumo, a decisão cautelar do STF nas mencionadas ADIs se limitou à análise do art. 1º da MP nº 966/2020, não adentrando no art. 28 da LINDB e em seu decreto regulamentador, apesar de os dispositivos serem muito semelhantes. Ademais, o foco do Plenário foi mais a conceituação do termo “erro grosseiro” do que a análise das esferas de responsabilidade dos agentes públicos que os dispositivos poderiam afetar. Apesar disso, pela análise da votação, é possível concluir que existe, também no Pretório Excelso, divergência acerca da possibilidade de aplicação dos dispositivos à responsabilidade por danos ao erário causados por agentes públicos, tendo os ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes se manifestado pela aplicabilidade e, em sentido contrário, os ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio Mello entendido pela impossibilidade de restringir a norma constitucional do art. 37, §6º, da CR/88.

Conforme demonstrado, a divergência interpretativa acerca do art. 28 da LINDB está longe de ser resolvida. Tendo surgido na doutrina logo após a promulgação da Lei nº 13.655/2018, as diferentes interpretações se espalharam pelos Tribunais de Contas e, recentemente, atingiram o maior grau de relevância ao serem analisadas pelo Supremo Tribunal Federal.

## **5 ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO ART. 28 AO DEVER DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO**

Conforme analisado anteriormente, doutrina e jurisprudência, no que tange à aplicabilidade do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento ao erário pelo agente público causador de dano, dividiram-se em duas correntes.

Para a primeira corrente, o art. 28 da LINDB seria aplicável ao dever de ressarcimento. Dois são os argumentos centrais dessa corrente: o primeiro, de autoria do professor Luciano Ferraz, é de que o art. 37, §6º, da CR/88, se refere somente aos danos causados pelos agentes públicos a terceiros, e não aos danos causados pelos agentes públicos diretamente à própria administração pública. O segundo argumento é no sentido de que, mesmo se o art. 37, §6º, da CR/88, versasse também sobre os danos causados pelos agentes públicos diretamente ao Estado, haveria possibilidade de o legislador infraconstitucional regular a norma constitucional, pelo fato de o termo “culpa” abranger diferentes graus.

A segunda corrente, por sua vez, defende a inaplicabilidade do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento. O argumento utilizado é o de que, em sentido contrário ao defendido pela primeira corrente, não haveria possibilidade de o legislador infraconstitucional restringir a norma contida no art. 37, §6º, da CR/88, sob pena de inconstitucionalidade da lei que assim o fizesse.

Antes de analisar a fundo essa questão, é necessário estabelecer alguns conceitos e pressupostos que serão utilizados. Nesse sentido, utilizando-se dos ensinamentos de Marçal Justen Filho,<sup>28</sup> entende-se que a esfera de responsabilidade administrativa dos agentes públicos é dividida em dois aspectos: de um lado, está o Direito Administrativo sancionador, cuja finalidade é a aplicação de sanções – multa, inabilitação para exercício de cargo público, entre outras. De outro lado, está o dever de ressarcimento ao erário, cuja finalidade é restabelecer o status quo ante em situações nas quais o agente público dá causa a perdas patrimoniais pela administração pública, ou seja, quando causa dano ao erário.

<sup>27</sup> *Ibidem*, 1:10:44 a 1:11:30.

<sup>28</sup> JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, op. cit.



Nesse sentido, conforme a lição do autor, a responsabilidade administrativa abarca o sancionamento, mas a ele não se limita. Abrange também o dever de prestar contas de seus atos e, em consequência, a responsabilidade por eventuais danos causados ao erário.

No entanto, apesar de se considerar o dever de ressarcimento ao erário como integrante da responsabilidade administrativa dos agentes públicos, deve-se notar que, não obstante as diferenças expressivas entre as duas esferas, sua consequência se assemelha à consequência da responsabilidade civil dos agentes públicos. Isso porque, em última análise, a finalidade é a mesma: ressarcir ao erário. Na responsabilidade civil, esse ressarcimento se dá por meio de ação de regresso promovida pelo Estado em face do agente público e tem como pressuposto a ocorrência de dano a um particular. Na responsabilidade administrativa, o ressarcimento se dá, em regra, pelas prestações de contas e tomadas de contas, e tem como pressuposto a ocorrência de dano diretamente à administração pública. Ou seja, enquanto a responsabilidade civil trata de um dano indireto ao Estado, que depende, primeiramente, de ação promovida pelo particular, e, em um segundo momento, de ação de regresso promovida em face do agente público, a responsabilidade administrativa trata de um dano direto ao Estado.

Como será demonstrado mais à frente, essa diferenciação tem efeitos mais teóricos do que práticos. Isso porque a conclusão pela aplicabilidade, ou não, do art. 28 da LINDB terá como referência o dever de ressarcimento ao erário como um todo, ou seja, em qualquer de suas esferas, civil ou administrativa.

Para a completa análise da aplicabilidade do dispositivo legal à esfera de responsabilidade administrativa, tanto na perspectiva do dever de ressarcimento quanto das sanções administrativas, este tópico será dividido em três partes. Primeiramente, será realizada diferenciação entre as naturezas e finalidades da sanção administrativa e do ressarcimento ao erário. Em segundo lugar, serão expostas as razões pelas quais o art. 37, §6º, da CR/88, apesar de tratar somente do direito de regresso, deve ser aplicado a qualquer tipo de ressarcimento ao erário. Além disso, será defendida a impossibilidade de o regime jurídico do ressarcimento ser baseado em outros elementos além de dolo ou culpa simples. Por fim, em terceiro lugar, será defendida a impossibilidade de o legislador infraconstitucional restringir os termos de aplicação do art. 37, §6º, da CR/88.

## **5.1 Regime jurídico das sanções administrativas e do ressarcimento ao erário**

Em primeiro lugar, antes de se analisar a aplicabilidade do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento, é preciso distinguir esse dever de ressarcir, que em muito se assemelha à responsabilidade civil, das sanções administrativas aplicadas aos agentes públicos. Nesse sentido, a diferença entre as sanções administrativas e o dever de ressarcimento está tanto em seus pressupostos quanto em suas finalidades.

Em relação aos pressupostos, as sanções administrativas dependem somente de uma conduta violadora da norma jurídica, sem ser necessário que da violação tenham advindo outras consequências. O dever de ressarcimento, ao contrário, pressupõe a conduta violadora da norma jurídica e a ocorrência de dano patrimonial. Ademais, as sanções administrativas, por representarem uma valoração da reprovabilidade social de certas condutas, ponderada pela sociedade por meio de seus representantes, podem estar sujeitas à modificação com o tempo. Por exemplo, uma conduta antes considerada reprovável pode, com o decurso do tempo, passar a ser aceita pela sociedade, não mais se justificando a punição de quem a pratica. Da mesma forma, pode o Estado aumentar ou diminuir o grau do elemento subjetivo exigido para imposição da sanção, com base nos anseios sociais. O dever de ressarcimento, ao contrário, por ser sempre de interesse da sociedade a preservação do patrimônio público, não muda com o tempo, sendo sempre exigível quando se constatar a ocorrência de dano.

Em relação às finalidades, a diferença entre o dever de ressarcimento e as sanções administrativas é enorme. A finalidade do ressarcimento é tão somente o retorno ao status quo ante. Não se trata de punição ou sanção. O objetivo é somente reparar o prejuízo sofrido. As sanções administrativas, por sua vez, não têm função reparadora. Seu objetivo é punir o infrator da norma jurídica, e sua finalidade pode ser tanto retributiva quanto preventiva.



Essa diferenciação é amplamente reconhecida, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Nesse sentido, destaca-se julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Ademais, nas hipóteses em que constatada a ocorrência de prejuízo ao patrimônio público, torna-se imperativa a determinação de que a parte condenada proceda à recomposição do dano causado. Ressalte-se, no entanto, que *a medida não tem natureza de sanção propriamente dita, mas, sim, de indenização decorrente do dever de reparar*, devendo sua extensão limitar-se ao exato valor da lesão apurada.

Diante dessas circunstâncias, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, *“caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações”* (REsp 1.184.897/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27/4/2011).

Com efeito, tal como ressaltou a parte recorrente, determinar que a parte ora recorrida somente proceda à reparação do dano, deixando de condená-la a uma das sanções previstas no art. 12, III, da Lei de Improbidade Administrativa, equivale a deixá-la sem qualquer punição pela prática do ato ímprobo. De fato, *a imposição isolada do ressarcimento ao erário, tal como posta pela instância ordinária, acabaria por retirar o caráter pedagógico e preventivo da norma*. Na mesma linha de percepção, confirma-se os seguintes precedentes: (...) <sup>29</sup> (Sem grifos no original.)

Para confirmar os pressupostos e a finalidade do dever de ressarcimento, que se assemelha à reparação civil, basta analisar o art. 927 do Código Civil de 2002, que dispõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O pressuposto essencial, como se vê, é a ocorrência de um dano. A finalidade, por outro lado, é a reparação desse dano.

Completamente diversas são as finalidades das sanções administrativas. Apesar de as teorias retributiva, preventiva especial e preventiva geral terem sido elaboradas inicialmente para o Direito Penal, podem ser aplicadas também ao Direito Administrativo sancionador, visto que, em ambos os casos, se está diante do poder estatal de punição, ainda que a reprovabilidade social e, conseqüentemente, o tipo e a gradação da pena sejam diferentes. Para essas teorias, a função da pena seria, respectivamente, retribuir o mal causado pela infração, prevenir e desestimular a prática de novos delitos pelo mesmo agente e prevenir e desestimular a prática de delitos pelos outros indivíduos da sociedade. Para uma descrição mais detalhada dessas teorias, transcreve-se o seguinte trecho da lição de Izaías Dantas Freitas:

Segundo as teorias absolutas, a aplicação da pena tem um caráter simplesmente retributivo. É a consequência lógica para a conduta que viola os bens jurídicos mais importantes da sociedade, guardando, assim, resquícios da antiga vingança privada vigente nos primórdios da civilização humana. A pena não tem um objetivo específico, senão o de castigar o delinquente. O mal causado à sociedade merece reprovação de mesmo nível, como forma de restaurar o equilíbrio entre a coletividade e o indivíduo infrator.

As teorias relativas, também chamadas utilitaristas, por outro lado, vêem na pena unicamente um fim prático, ou seja, destina-se a prevenir o cometimento de novos crimes. O fim da pena, nesse caso, ou é a *prevenção geral*, quando produz a intimidação aos demais indivíduos, para que, mediante a ameaça da aplicação da pena, não transgridam as regras que lhe impõe o Estado, ou então é a *prevenção especial*, que consiste em evitar que o próprio homem que delinuiu volte a cometer novas condutas reprováveis do ponto de vista penal, tendo assim o objetivo de livrar a sociedade do convívio maléfico daquele que pode oferecer riscos à sua segurança.

As teorias mistas procuraram mesclar as duas teorias anteriores, acrescentando, entretanto, o elemento da educação e da correção do indivíduo que cometeu o crime. Assim, a pena, além de sua função retributiva e preventiva, adquire também uma feição ressocializadora,

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.508.049 – PR (2014/0321619-2)*. Relator Ministro Sérgio Kukina. DJe: 28/06/2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=62608042&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201403216192&data=20160628&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=62608042&tipo_documento=documento&num_registro=201403216192&data=20160628&formato=PDF). Acesso em: 11 set. 2020.

ou seja, busca reeducar o indivíduo, oferecendo-lhe a oportunidade de reabilitar-se ao convívio social.<sup>30</sup> (Sem grifos no original.)

Destaca-se que, apesar de o trecho supratranscrito tão somente conceituar as teorias da pena, Izaías Dantas Freitas, em seguida, analisa como essas teorias são também utilizadas no Direito Administrativo sancionador. Nesse sentido, destaca-se:

*Mediante a prevenção, que é o primeiro dos objetivos da pena, busca-se evitar o cometimento de faltas disciplinares por outros servidores, funcionando, assim, como elemento intimidativo geral. A Administração precisa demonstrar que efetivamente está empenhada em eliminar do seu meio as falhas e as condutas reprováveis, por ser essa uma questão de relevante interesse público, impondo, desse modo, o respeito e a seriedade que deve haver no trato dos bens e serviços estatais.*

(...)

*A pena não deve ser concebida, entretanto, apenas em face desse caráter preventivo. Ao seu lado, necessariamente, deverá estar presente o aspecto corretivo, sem o qual estaria sendo negado ao homem o respeito à sua própria dignidade. Não tendo a prevenção geral surtido o efeito desejado, isto é, se o servidor, ainda que sabedor das consequências que adviriam do seu ato ilícito, vem a cometê-lo, apresenta-se aqui o objetivo específico da pena, que é a sua função correcional, cujo fim é evitar que o servidor faltoso, tendo agora a certeza de que a punição é uma realidade, volte a cometer novos ilícitos, pois tal fato redundará em sucessivas punições, o que poderá levar, em alguns casos, à caracterização de sua desídia, com sua conseqüente demissão do serviço público.*

*Oferece-se, com isso, ao servidor que comete conduta irregular a oportunidade de repensar de forma séria sobre a sua conduta e o reflexo que esse tipo de comportamento reprovável pode acarretar para a sua vida funcional. A pena adquire, portanto, nesse contexto, seus fins terapêuticos, que objetivam emendar o servidor, fazendo-o alcançar, se não o padrão desejável, pelo menos o mínimo aceitável pela sociedade, principal interessada no serviço público.<sup>31</sup> (Sem grifos no original.)*

As finalidades das sanções foram, inclusive, mencionadas brevemente no julgado do STJ citado anteriormente. Na oportunidade, a Corte Superior entendeu que a imposição ao condenado somente do ressarcimento ao erário retiraria o caráter “pedagógico e preventivo da norma”.

O que se busca com essa diferenciação entre o dever de ressarcimento e as sanções administrativas é perceber que os parâmetros para responsabilização também são diferentes. Nessa medida, a norma do art. 28 da LINDB poderia perfeitamente se aplicar a uma dimensão da responsabilidade administrativa – no Direito Administrativo sancionador – sem, contudo, se aplicar à outra dimensão – dever de ressarcimento. Nesse mesmo sentido é a lição de Fábio de Medina Osório:

*O que importa ressaltar, nesse contexto, é que as medidas de cunho ressarcitório não se integram no conceito de sanção administrativa, pois não assumem efeito aflitivo ou disciplinar, não ambicionam a repressão, mas sim a reparação do dano, assumindo conteúdo restitutivo, reparatório, submetendo nesse ponto a princípios próprios, específicos, mais próximos, naturalmente, do Direito Civil.<sup>32</sup>*

No que tange à dimensão sancionadora da responsabilidade administrativa, não há dúvidas quanto à aplicabilidade do art. 28. Isso porque é legítimo que o legislador, passando a considerar os ilícitos como menos reprováveis, ou querendo conferir aos agentes públicos maior segurança, estabeleça critérios mais “elevados” para que se configure a responsabilidade, limitando esta somente aos casos em que exista uma forte reprovabilidade da conduta do agente.

30 FREITAS, Izaías Dantas. A finalidade da pena no Direito Administrativo Disciplinar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 141, p. 119-128, jan./mar. 1999.

31 *Ibidem*.

32 OSÓRIO, Fábio de Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 4: responsabilidade civil.

Já no que tange à dimensão ressarcitória da responsabilidade administrativa, a questão não é tão simples. O pressuposto – ocorrência de dano – é diferente, assim como a finalidade – reparação do dano. Ademais, ao se considerar a aplicação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público às relações do Estado, parece não haver possibilidade de se deixar de exigir a reparação de um dano causado ao erário, mesmo que o agente não tenha agido com culpa grave ou erro grosseiro.

## 5.2 Ressarcimento ao erário no art. 37, §6º, da Constituição da República

O primeiro argumento da corrente que defende a aplicabilidade do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento ao erário é o de que o art. 37, §6º, da CR/88, regula somente o ressarcimento pela via da ação de regresso, ou seja, somente quando o agente público tiver causado danos diretamente ao particular e apenas de forma indireta ao Estado. Por essa razão, a responsabilização por dolo ou culpa, prevista na norma constitucional, não valeria para os danos causados diretamente pelos agentes públicos ao Estado.

Com as devidas vênias, entende-se que esse argumento não merece prosperar, por dois motivos: o primeiro é a inexistência de diferença relevante entre o dano causado diretamente ao Estado e o dano causado indiretamente, razão pela qual deve ser conferido o mesmo tratamento às duas hipóteses. O segundo motivo tem como fundamento o regime jurídico administrativo de que se vale a administração pública, especialmente das prerrogativas de que goza e dos princípios limitadores de sua atuação.

Em primeiro lugar, apesar de a diferença entre os danos causados diretamente e os causados indiretamente ao Estado ter relevância para fins didáticos e teóricos, há de se reconhecer que não há diferença prática entre eles. Nesse sentido, a situação em que um agente público em acidente de trânsito, por sua culpa, cause prejuízo de R\$20.000,00 ao particular, que cobra esse valor do Estado, é idêntica, para fins práticos, à situação em que um agente público, por sua culpa, dá causa a perda ou extravio de R\$20.000,00 dos recursos da administração pública. O dano causado, nos exemplos, é o mesmo. O Estado sofre igualmente nas duas situações, por perda idêntica de seus recursos.

Considerando que nas duas situações o prejuízo para o Estado é o mesmo, não há possibilidade de se fazer diferenciação entre as duas espécies de dano – direto e indireto. Situações iguais devem ser tratadas igualmente, por medida de justiça. Qual seria o sentido de o agente público que causa prejuízo indireto ao Estado ser responsabilizado por dolo ou culpa e o agente público que causa prejuízo direto ao Estado ser responsabilizado por dolo ou culpa grave (erro grosseiro)? Os danos, apesar de possuírem origens diferentes, são os mesmos. A perda patrimonial do Estado é a mesma. Dessa forma, os parâmetros de responsabilização também devem ser os mesmos, por medida de justiça.

Dessa forma, apesar de o art. 37, §6º, da CR/88, mencionar expressamente a responsabilização do agente por dolo ou culpa somente no direito de regresso, deve-se entender, por lógica e por medida de justiça, tratando igualmente situações que são iguais, que o agente responde também por dolo ou culpa quando causa dano direto ao Estado.

Em segundo lugar, mesmo que se considere que o art. 37, §6º, não se aplica ao dever de ressarcimento por danos causados diretamente pelo agente público ao Estado, é inevitável a conclusão de que essa modalidade de responsabilização por dano ao erário também deve exigir a presença de dolo ou culpa, em sua acepção ampla.

Nesse sentido, a responsabilização por danos causados com dolo ou culpa é prevista no direito privado e se aplica também aos particulares. Significa dizer que um particular, ao causar dano a outro particular, terá o dever de reparação se tiver atuado com culpa lato sensu, desde dolo até culpa levíssima, conforme ensina a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves:

*O Código Civil não faz nenhuma distinção entre dolo e culpa, nem entre os graus de culpa, para fins de reparação do dano. Tenha o agente agido com dolo ou culpa levíssima, existirá sempre a obrigação de indenizar, obrigação esta que será calculada exclusivamente sobre a extensão*

do dano. Em outras palavras, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa. Adotou o legislador a norma romana, segundo a qual a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*).

*Assim, provado o dano, deve ser ele ressarcido integralmente por seu causador, tenha agido com dolo, culpa grave ou mesmo levíssima.*<sup>33</sup> (Sem grifos no original.)

Dessa forma, considerando que a responsabilização por danos, na esfera privada, exige dolo ou culpa, estes também devem ser os parâmetros utilizados pelo Estado na cobrança de danos a ele causados por seus agentes. E assim deve ser para se garantir a coerência sistêmica do ordenamento jurídico.

Explica-se. Em primeiro lugar, devem-se destacar os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Pelo primeiro, os interesses públicos têm supremacia, superioridade, sobre os individuais. Pelo segundo, os interesses da coletividade não se encontram à livre disposição, devendo ser resguardados. Em segundo lugar, destaca-se que a administração pública está sujeita ao regime jurídico administrativo, caracterizado por prerrogativas e sujeições. Algumas das prerrogativas das quais goza a administração são: processo especial de execução, impenhorabilidade e imprescritibilidade de seus bens, juízo privativo, prazos dilatados em juízo, imunidade tributária, presunção de veracidade de seus atos, dentre várias outras. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “as prerrogativas colocam a administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade”.<sup>34</sup>

Diante disso, qual seria o sentido de se conferir uma série de prerrogativas à administração pública, justamente visando resguardar a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, e, ao mesmo tempo, adotar um critério de reparação patrimonial, por danos sofridos, mais restrito do que o que é aplicado aos particulares? Se um particular, sozinho, pode exigir de outro a reparação por dolo ou culpa simples, qual o sentido de a administração, que representa o interesse de todos os indivíduos, só poder exigir a mesma reparação por dolo ou culpa grave? Estar-se-ia impondo um requisito mais gravoso ao interesse público do que o requisito que se impõe ao interesse particular, subvertendo toda a lógica sistêmica do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, acerca do parâmetro de culpa exigido nas relações entre particulares, a jurisprudência do STJ amplamente reconhece o dever de indenização mesmo se tratando de dano causado por culpa leve ou levíssima,<sup>35</sup> coadunando-se, assim, à doutrina. Já em relação ao ressarcimento ao erário, caso se entenda pela aplicabilidade do art. 28 da LINDB, a administração pública somente poderia reaver os prejuízos a ela causados caso a conduta do agente, ainda que culposa, tivesse sido especialmente grave.

Ora, essa situação é evidentemente absurda. Não é lógico possibilitar ao particular, em defesa de seu interesse próprio e exclusivo, a reparação dos prejuízos sofridos, e, ao mesmo tempo, impossibilitar ao Estado, em defesa do interesse da coletividade, a reparação dos danos sofridos.

O que se conclui, portanto, é que o regime de reparação patrimonial conferido ao Estado deve ser, no mínimo, equivalente ao regime de reparação patrimonial de que se utilizam os particulares.

Diante do exposto neste tópico, resta evidente que a responsabilidade dos agentes públicos por ressarcimento ao erário se dá por dolo ou culpa, sem qualquer limitação na gradação da culpa. Isso porque não há diferença prática entre o dano direto e o dano indireto causado pelos agentes públicos ao Estado, razão pela qual deve ser aplicado, em ambos os casos, o art. 37, §6º, da CR/88, e porque o regime de reparação conferido ao Estado deve ser, no mínimo, igual ao conferido ao particular, para que exista coerência sistêmica do ordenamento jurídico.

33 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 330.

34 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 87

35 Nesse sentido, confira-se, exemplificativamente: Recurso Especial nº 1.474.452-SC (2014/0185693-5), Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, sessão de julgamento de 15/09/2015; Recurso Especial nº 685.801-MG (2004/0100255-2), Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, sessão de julgamento de 06/05/2014.

Apesar de essa análise já ser suficiente para constatar a inaplicabilidade do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento ao erário, mostra-se necessário, ainda, analisar o argumento, desenvolvido pela corrente oposta, de que o legislador infraconstitucional poderia restringir o grau de culpa previsto no art. 37, §6º, da CR/88.

### 5.3 A interpretação do termo “culpa” do art. 37, §6º, da Constituição da República

Para aqueles que defendem a aplicabilidade do art. 28 da LINDB à responsabilidade dos agentes públicos por danos ao erário, o legislador infraconstitucional poderia, legitimamente, delimitar o grau de culpa estabelecido pelo art. 37, §6º, da CR/88. Apesar de essa posição ser encampada por juristas de grande relevância, como Luciano Ferraz e os ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, entende-se que ao legislador não é dada essa possibilidade.

A impossibilidade de regulação, restrição ou delimitação dessa norma constitucional decorre de duas razões: a primeira, por se tratar de norma de eficácia plena, segundo a classificação realizada por José Afonso da Silva. A segunda razão é que, mesmo se se reconhecesse a legitimidade e possibilidade formal de o legislador infraconstitucional delimitar a norma, o termo “culpa”, utilizado no dispositivo, não pode ser entendido como conceito aberto ou indeterminado sobre o qual caiba delimitação. Exploram-se, a seguir, esses dois pontos.

#### 5.3.1 O art. 37, §6º, da Constituição da República, como norma de eficácia plena

É cediço na doutrina constitucional que a Constituição é formada por normas com diferentes tipos de aplicabilidade. Várias são as teorias acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, desenvolvidas por autores de grande destaque no mundo jurídico, como Carlos Ayres Britto e Celso Ribeiro Bastos,<sup>36</sup> Maria Helena Diniz,<sup>37</sup> Luís Roberto Barroso,<sup>38</sup> entre outros. No entanto, a teoria que mais se destacou na doutrina brasileira foi a de José Afonso da Silva. Para o autor, as normas constitucionais podem ter eficácia plena, eficácia contida ou eficácia limitada. Os conceitos desses termos, nas palavras do autor, são os seguintes:

*Na primeira categoria [eficácia plena] incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo [eficácia contida] também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo [eficácia limitada] são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.<sup>39</sup> (Sem grifos no original.)*

A partir da conceituação desses termos, surge a dificuldade de se enquadrar a norma do art. 37, §6º, da CR/88, como norma de eficácia plena ou como norma de eficácia contida. Exclui-se, desde logo, a classificação como norma de eficácia limitada, visto que o dispositivo em comento possui normatividade suficiente para produzir todos os seus efeitos, sem necessidade ou dependência de regulação legal. Diante da dúvida entre o enquadramento da norma como sendo de eficácia plena ou de eficácia contida, faz-se necessário maior aprofundamento nesses conceitos. Afonso da Silva, ao pormenorizar a análise da norma de eficácia plena, assim a descreve:

36 BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1982.

37 DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

38 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

39 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 82-83.



*Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz.*

(...)

*Em suma, como já acenamos anteriormente, são de eficácia plena as normas constitucionais que: a) contenham vedações ou proibições; b) confirmem isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.<sup>40</sup> (Sem grifos no original.)*

Com base nessa explicação, parece ter o art. 37, §6º, todos os requisitos e características de uma norma constitucional de eficácia plena. Nesse sentido, a norma pode ser aplicada diretamente, visto possuir todos os elementos necessários para sua incidência. Também não exige elaboração de novas normas que lhe completem o sentido ou fixem o conteúdo, porque já é suficientemente explícita.

De qualquer forma, devem-se analisar as características das normas de eficácia contida e as comparar ao dispositivo sob análise. Afonso da Silva assim caracteriza essa espécie de norma constitucional:

*Acresce, ainda, que algumas normas desse tipo indicam elementos de sua restrição que não a lei, mas certos conceitos de larga difusão no direito público, tais como ordem pública, segurança nacional ou pública, integridade nacional, bons costumes, necessidade ou utilidade pública, perigo público iminente etc., que, com a lei prevista ou a ocorrência de determinadas circunstâncias que fazem incidir outras normas constitucionais, importam limitação da eficácia de normas geradoras de situações subjetivas ativas ou de vantagem.*

(...)

A peculiaridade das normas de eficácia contida configura-se nos seguintes pontos:

*I – São normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos.*

(...)

*IV – Algumas dessas normas já contêm um conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública etc.), como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia.<sup>41</sup> (Sem grifos no original.)*

Conforme expõe o autor, as normas de eficácia contida, em regra, fazem remissão expressa a uma legislação futura. Exemplos dessa situação podem ser encontrados nos arts. 5º, VII, VIII, XIII, XV, XXVII, XXXIII; 37, I; 136, §1º; 170, parágrafo único, entre outros. O art. 37, §6º, não faz qualquer remissão a legislação futura que poderá regular o conteúdo da norma. Seria o caso se o dispositivo tivesse estabelecido que é “assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, nos termos da lei”, por exemplo. Mas assim não o fez, razão pela qual, em um primeiro momento, o dispositivo não se enquadra no conceito de norma de eficácia contida.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 99-101.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 103-104.



Outra característica que as normas de eficácia contida podem ter é a utilização de conceitos abertos e indeterminados, como ordem pública, segurança nacional, bons costumes, entre outros. Um exemplo desse tipo de norma é a do art. 5º, XXIV<sup>42</sup>, que, ao dispor sobre desapropriação, utilizou os termos “necessidade ou utilidade pública” e “interesse social”. O significado desses termos não é claramente constatável somente por sua leitura, fazendo-se necessária melhor especificação.

A corrente que defende a aplicabilidade do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento ao erário afirma que o termo “culpa”, utilizado no art. 37, §6º, seria um desses conceitos abertos e indeterminados e que, nessa medida, poderia ser delimitado pelo legislador infraconstitucional.

No entanto, não se pode conceber o termo “culpa” como conceito indeterminado só porque nele existem diversas gradações. O conceito indeterminado é aquele cujo significado não pode ser extraído pelo intérprete sem o auxílio de normas complementares que o especifiquem. O termo “culpa”, por sua vez, tem seu conceito muito bem definido pela doutrina, tendo sido desenvolvido desde o Direito Romano. Os conceitos de culpa lato sensu, de culpa stricto sensu, de culpa grave, de culpa leve e de culpa levíssima são plenamente determinados, com significado fechado e bem conhecido pelo intérprete do Direito. Apesar de possuir diversas gradações, todas elas são muito bem definidas. Esse aspecto será melhor desenvolvido no tópico seguinte, mas constata-se, desde já, que o termo “culpa”, utilizado no art. 37, §6º, não torna esse dispositivo uma norma de eficácia contida.

### 5.3.2 Análise do termo “culpa” como cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado

Conforme exposto brevemente no tópico anterior, não se pode conceber o termo “culpa” como cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado. É evidente a diferença do termo “culpa” para aqueles que realmente são cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, como “ordem pública”, “bons costumes”, “interesse social”, “utilidade pública”, entre outros. Em texto sobre a interpretação de cláusulas gerais, Fabiano Menke apresenta o significado destas e dos conceitos jurídicos indeterminados:

Como ensina Judith Martins Costa, “considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’”. *A vagueza, então, pode ser apontada como uma das características das cláusulas gerais.*

Ao lado da vagueza está a necessidade de precisão, (...), a que faz alusão à doutrina alemã, *ou seja, não se cuida de norma pronta e acabada, mas sim de norma que demanda precisão, construção, por parte do intérprete.*

(...)

As cláusulas gerais, por outro lado, promovem sempre um reenvio a outros espaços do próprio ordenamento jurídico ou até mesmo a valores existentes dentro ou fora do sistema. Isso em razão de sua abertura, *que faz com que o intérprete seja obrigado a buscar auxílio em outras fontes axiológicas para fundamentar a sua linha argumentativa.*

(...) O conceito *apresenta-se num tão alto nível de abstração que não se encontra um núcleo conceitual inequivocamente perceptível, chegando-se à solução do caso apenas com a transformação da norma no caso concreto e com o apelo a valores ético-morais.*<sup>43</sup> (Sem grifos no original.)

42 Art. 5º (...)

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

43 MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 13, abril-junho de 2004, p. 9-35.

Os conceitos jurídicos indeterminados, por sua vez, são assim caracterizados pelo autor:

Os conceitos jurídicos indeterminados referentes a valores são os que mais se assemelham às cláusulas gerais, pois *também apresentam vagueza semântica e reenvio a standards*. Para alguns, a diferença entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado referente a valores é que a norma que contém um conceito jurídico indeterminado já apresenta as consequências, quais os efeitos incidentes no caso concreto da aplicação do dispositivo. Na cláusula geral isso não ocorre, a operação intelectual do juiz é mais complexa e vai mais longe, pois é ele quem determina os efeitos, as consequências práticas.<sup>44</sup> (Sem grifos no original.)

Como se depreende a partir dos ensinamentos expostos pelo autor, tanto as cláusulas gerais quanto os conceitos jurídicos indeterminados possuem alto grau de vagueza. O significado desses tipos de termos é fluido e, a princípio, indeterminado, somente se tornando determinado após a interpretação em conjunto com outras fontes normativas.

A partir daí, resta evidente que o termo “culpa” não se amolda às características das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. O conceito de culpa, em todas as suas gradações, é muito bem definido pela doutrina, sendo possível ao intérprete da norma extrair seu significado sem que seja necessário consultar outras fontes normativas. Destaca-se, a seguir, a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves acerca da culpa, para que fique demonstrada a elevada precisão e definição do termo:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o *dolo*, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. (...)

O *dolo* consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico.

(...)

Com relação aos graus, a culpa pode ser grave, leve e levíssima. A culpa *grave* consiste em não prever o que todos preveem, omitir os cuidados mais elementares ou descuidar da diligência mais evidente.

(...)

Na realidade, a culpa *grave* é a decorrente de uma violação mais séria do dever de diligência que se exige do homem mediano. É a que resulta de uma negligência extremada.

A culpa será leve quando a falta puder ser evitada com atenção ordinária. A doutrina em geral a ela se refere como a falta de diligência própria do bom pai de família.

A culpa *levíssima* é a falta só evitável com atenção extraordinária, com extremada cautela.<sup>45</sup> (Sem grifos no original.)

O termo “culpa” se divide, ainda, em culpa contratual e extracontratual, culpa in eligendo, in vigilando, in custodiendo, in comittendo, in omittendo, culpa exclusiva e culpa concorrente, entre outras modalidades. Como se vê, o conceito é muito bem definido pela doutrina, remontando ao Direito Romano.

Dessa forma, o constituinte, ao utilizar-se do termo “culpa” no art. 37, §6º, fechou questão sobre o elemento subjetivo a ser exigido para fins de reparação do Estado contra os agentes públicos que a ele causarem dano. Repita-se: o fato de existirem gradações de culpa não significa dizer que o conceito é aberto a várias interpretações. Ao contrário, o conceito é muito bem definido, em todas as suas gradações.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> GONÇALVES, *Direito civil brasileiro, op. cit.*, p. 326-329.

Não há de se falar, portanto, em legitimidade do legislador infraconstitucional para delimitar ou restringir o âmbito de aplicação da norma constitucional do art. 37, §6º, da CR/88, sob a alegação de que se trataria de termo aberto ou indeterminado. É evidente e inegável o abismo de definição e precisão do termo “culpa” em relação aos conceitos jurídicos que de fato são indeterminados, como “ordem pública”, “interesse social”, “utilidade pública”, entre vários outros. Até mesmo porque os significados desses conceitos indeterminados estão sujeitos a variações com o passar do tempo. Por exemplo, o que hoje se considera “interesse social” pode, daqui a alguns anos, não mais ser assim considerado. Da mesma forma, o atual significado de “bons costumes” será inevitavelmente alterado e adaptado no futuro. A indeterminação desses conceitos possibilita sua fluidez interpretativa, adaptando-os aos anseios sociais do presente. A “culpa”, por outro lado, não conta com essa fluidez, sendo estático seu significado no tempo.

Ao longo deste tópico, foram apresentados diversos argumentos pela conclusão de inaplicabilidade do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento ao erário. Partindo da diferenciação entre a dimensão sancionatória e a dimensão ressarcitória da responsabilidade administrativa, passando pela necessidade de a responsabilização ter como parâmetros o dolo ou a culpa em sentido amplo, seja porque assim dispõe o art. 37, §6º, da CR/88, seja por medida de coerência sistêmica do ordenamento jurídico, e, por fim, em razão da impossibilidade de regulamentação, delimitação ou restrição da norma constitucional, conclui-se que, de fato, o art. 28 da LINDB não é aplicável ao ressarcimento, mas tão somente ao Direito Administrativo sancionador.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo contribuir para a evolução do estudo interpretativo acerca do art. 28 da LINDB, recentemente incluído no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.655/2018. Motivado pela relevância que o regime jurídico de responsabilização dos agentes públicos tem para o Direito Administrativo e pela escassez de estudos aprofundados sobre o tema, buscou-se analisar o dispositivo legal em um de seus pontos controversos: sua aplicabilidade ao dever de ressarcimento ao erário.

Em razão de a análise realizada ter focado somente essa controvérsia, outros temas polêmicos acerca do art. 28 da LINDB continuam carentes de análises detalhadas. Por exemplo, a conceituação do que seria “erro grosseiro” vem causando dificuldades interpretativas e formando uma série de opiniões e conceituações divergentes. Diante disso, e até mesmo como complementação ao presente estudo, outros pesquisadores podem desenvolver a análise do termo “erro grosseiro”, utilizado no dispositivo legal.

No primeiro tópico do trabalho, foi exposta breve introdução sobre o tema que seria estudado, delimitando o objeto e os objetivos buscados, bem como o problema e a hipótese formulados.

Em seguida, foram esmiuçadas as divergentes correntes doutrinárias e jurisprudenciais que se formaram acerca da interpretação do art. 28. No campo doutrinário, foram expostos os principais argumentos de cada uma das correntes. No campo jurisprudencial, apesar de verificada a escassez de julgados sobre o tema, destacou-se o entendimento adotado pelo TCU e por alguns Tribunais de Contas estaduais. Ao final, analisou-se, brevemente, a Medida Provisória nº 966/2020, que trouxe norma semelhante ao art. 28 da LINDB e, nesse contexto, relatou-se a decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal em ADIs que questionavam o referido dispositivo.

Posteriormente, analisou-se a aplicabilidade do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento ao erário por danos a ele causados pelos agentes públicos. Para introduzir a análise, diferenciaram-se, inicialmente, o regime jurídico das sanções administrativas e o regime jurídico do ressarcimento. Em seguida, analisou-se a norma constitucional do art. 37, §6º, quanto à sua eficácia, concluindo-se se tratar de norma de eficácia plena e, por isso, não passível de regulação, delimitação ou restrição pelo legislador infraconstitucional.

Por fim, analisaram-se as características do termo “culpa”, utilizado no referido dispositivo constitucional, concluindo-se que não se pode equipará-lo, para fins de regulação, delimitação ou restrição pelo legislador infraconstitucional, às cláusulas gerais ou aos conceitos jurídicos indeterminados, estes sim passíveis de regulação legal. Diante de todo o exposto, concluiu-se pela inaplicabilidade do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento ao erário, permanecendo os agentes públicos, portanto, sujeitos à imputação de débito por danos causados com dolo ou culpa simples, independentemente de sua gradação.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Martins de. *Comentários à lei nº 13.655/2018: proposta de sistematização e interpretação* conforme. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ANDRADE, Landolfo. A repercussão do artigo 28 da lindb na interpretação e aplicação do artigo 10 da Lei 8.429/92. *GEN Jurídico*. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/687668430/a-repercussao-do-artigo-28-da-lindb-na-interpretacao-e-aplicacao-do-artigo-10-da-lei-8429-92>. Acesso em: 10 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1982.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Rev. Direito Adm*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.830/2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657/1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.655/2018. 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.655%2C%20DE%2025%20DE%20ABRIL%20DE%202018.&text=Inclui%20no%20Decreto%2DLei%20n%C2%BA,na%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20p%C3%BAblico](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.655%2C%20DE%2025%20DE%20ABRIL%20DE%202018.&text=Inclui%20no%20Decreto%2DLei%20n%C2%BA,na%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20p%C3%BAblico). Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1.508.049 – PR(2014/0321619-2). Relator Ministro

Sérgio Kukina. DJe: 28/06/2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=62608042&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201403216192&data=20160628&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=62608042&tipo_documento=documento&num_registro=201403216192&data=20160628&formato=PDF). Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 266/2019 – Plenário*. Processo 042.073/2018-9. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Sessão de 13/02/2019. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo\\*/NUMACORDAO%253A266%2520ANOACORDAO%253A2019/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=5bb65860-f3d2-11ea-97cd-c3c2c1ff4d55](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A266%2520ANOACORDAO%253A2019/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=5bb65860-f3d2-11ea-97cd-c3c2c1ff4d55). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2391/2018 – Plenário*. Processo 007.416/2013-0. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 17/10/2018. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo\\*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=6bd82e80-f639-11ea-84ba-dd72eaeca843](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=6bd82e80-f639-11ea-84ba-dd72eaeca843). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2768/2019 – Plenário*. Processo 002.048/2014-0. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 20/11/2019. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo\\*/NUMACORDAO%253A2768%2520ANOACORDAO%253A2019/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=52941000-f469-11ea-9be6-f9e0edae0e68](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2768%2520ANOACORDAO%253A2019/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=52941000-f469-11ea-9be6-f9e0edae0e68). Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 5547/2019 – Primeira Câmara*. Processo 026.095/2006-8. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 09/07/2019. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo\\*/NUMACORDAO%253A5547%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uid=e71d0930-f639-11ea-9e48-d91023631052](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A5547%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uid=e71d0930-f639-11ea-9e48-d91023631052). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência 273/2019*. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/erro%2520grosseiro/PUBLICACAO%253A%2522Boletim%2520de%2520Jurisprud%25C3%25Ancia%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/9/%2520?uid=52941000-f469-11ea-9be6-f9e0edae0e68>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência 275/2019*. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/erro%2520grosseiro%2520culpa%2520grave/PUBLICACAO%253A%2522Boletim%2520de%2520Jurisprud%25C3%25Ancia%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/4/%2520?uid=ee5b4240-0f5f-11eb-9a11-3bbc049f5579>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência 291/2019*. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/erro%2520grosseiro/PUBLICACAO%253A%2522Boletim%2520de%2520Jurisprud%25C3%25Ancia%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/5/%2520?uid=52941000-f469-11ea-9be6-f9e0edae0e68>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência 318/2020*. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/suspensao%2520temporaria/PUBLICACAO%253A%2522Boletim%2520de%2520Jurisprud%25C3%25Ancia%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/%2520?uid=38d9eff0-f3d2-11ea-8319-f3563a91d131>. Acesso em: 10 set. 2020.

CRUZ, Alcir Moreno da; BORGES, Mauro. O artigo 28 da LINDB e a questão do erro grosseiro. *Revista Consultor Jurídico*, 14 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/opiniao-artigo-28-lindb-questao-erro-grosseiro>. Acesso em: 10 set. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2019.



DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Acórdão 00237/2020-4 – Plenário. Processo 08867/2014-7. Relator Sérgio Aboudib Ferreira Pinto. Sessão de 10/03/2020. Disponível em:

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Acórdão 00396/2019-1 – Plenário. Processo 02153/2014-5. Relator Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun. Sessão de 09/04/2019. Disponível em:

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Acórdão 01195/2019-2 – Plenário. Processos 04386/2019-1, 04733/2018-1, 03956/2013-4, 05489/2006-6, 00880/2006-7, 00864/2006-8 e 03641/2004-1. Relator Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha. Sessão de 10/09/2019. Disponível em:

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERRAZ, Luciano. Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Consultor Jurídico*, 10 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade>. Acesso em: 10 set. 2020.

FERRAZ, Luciano. Alteração na Lindb e seus reflexos sobre a responsabilidade dos agentes públicos. *Revista Consultor Jurídico*, 29 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/interesse-publico-lindb-questao-erro-grosseiro-decisao-tcu>. Acesso em: 10 set. 2020.

FREITAS, Izaías Dantas. A finalidade da pena no Direito Administrativo Disciplinar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro* 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 4: responsabilidade civil.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. *Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo*. Tiradentes, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 13, p. 9-35, abril-junho de 2004.

NIEBUHR, Joel de Menezes. O Erro Grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. *Blog Zenite*, 14 nov. 2018. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>. Acesso em: 10 set. 2020.

OSÓRIO, Fábio de Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Acórdão nº 543/20 – Tribunal Pleno. Processo nº 357281/19. Relator Conselheiro José Durval Mattos do Amaral. Sessão de 04/03/2020. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2020/3/pdf/00344120.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Processo nº 9306-0200/12-0. Primeira Câmara. Relator Conselheiro-Substituto Roberto Debacco Loureiro. Sessão





de 11/02/2020. Disponível em: [http://www1.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=20000:46:::NO::P46\\_CD\\_DOCUMENTO:3055922](http://www1.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=20000:46:::NO::P46_CD_DOCUMENTO:3055922). Acesso em: 10 set. 2020.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, Marco Aurélio Souza da. Tribunais de Contas: teoria e prática da responsabilização de agentes públicos e privados por infração administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

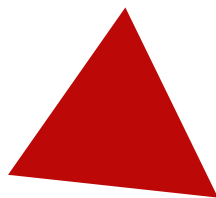
STF. Pleno – Atos de agentes públicos durante a pandemia, 21/05/2020. Youtube. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=puW5TMr7WnU&ab\\_channel=STF](https://www.youtube.com/watch?v=puW5TMr7WnU&ab_channel=STF). Acesso em: 11 set. 2020.

STF. Pleno – Agentes públicos devem observar critérios técnicos na pandemia (2/2) – COM AUDIODESCRIÇÃO, 22/05/2020. Youtube. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=9P8yEv2H8&t=4816s&ab\\_channel=STF](https://www.youtube.com/watch?v=9P8yEv2H8&t=4816s&ab_channel=STF). Acesso em: 11 set. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Capítulo 12: uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013.

# COMPRAS SUSTENTÁVEIS: UM DESAFIO A SER ENCARADO COM INOVAÇÃO

SUSTAINABLE PROCUREMENT: A CHALLENGE TO BE ADDRESSED WITH INNOVATION\*



**Luís Carlos Balbino Gambogi**  
**Maura Bartolozzi Ferreira**  
**Patrícia Helena Gambogi Boson**

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Superação dos desafios jurídicos para as compras públicas sustentáveis; 2.1 Isonomia e interpretação; 2.2 Proposta mais vantajosa e sustentabilidade; 3 Tecnologia da informação para inovação das compras sustentáveis; 4 Considerações finais; 5 Referências

**Resumo:** O presente trabalho pretende demonstrar o grande potencial transformador das compras, desde que feitas com base em parâmetros de sustentabilidade, podem promover nos mercados e sistemas produtivos em nível nacional, ao tempo que aponta as dificuldades para se incorporar amplamente na cadeia de valores da produção e do consumo uma sistemática de fornecimento sustentável de insumos, bens e serviços, especialmente os óbices jurídicos enfrentados pelas instituições governamentais, os quais são aqui analisados com vistas a viabilizar a necessária superação desses óbices hermenêuticos. Apresenta ainda a inovação tecnológica como uma aliada poderosa para suprir a deficiência de informações e de ferramentas para apoiar o processo de compras sustentáveis.

**Abstrat:** This article aims to demonstrate the great transformative potential of corporate procurements, since they are made based on sustainability parameters. They can promote markets and productive systems at the national level if the difficulties to broadly incorporate into the production and consumption value chain a system of sustainable supply of inputs, goods and services are overcome. Among these difficulties, there are especially the legal obstacles faced by government institutions, which are analyzed here with a view to enabling the necessary overcoming of these hermeneutical obstacles. It also presents technological innovation, as a powerful ally to fill the deficiency of information and tools to support the sustainable procurement process.

**Palavras-chave:** Compras sustentáveis; Óbices jurídicos; Inovação tecnológica.

**Keywords:** Sustainable purchases; Legal obstacles; Technologic innovation.

## 1 INTRODUÇÃO

As compras corporativas compõem quase sempre uma parte substancial do orçamento de uma organização pública ou privada, o que faz com que seja elevado seu potencial de transformação econômica, social e ambiental. Como referência desse potencial, a ISO (2017) destaca que, só no setor público, as compras representam cerca de 12% do PIB e 29% das despesas públicas nos países-membros da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

O assunto vem sendo tratado por governos e empresas privadas desde o final do século passado e, em 2015, o consumo e produção responsáveis passaram a integrar um dos Objetivos do Milênio para

\* Publicado em *Direito do ambiente em perspectiva* – Organizadores Marcelo Azevedo e Bruno Malta – Editora D'Plácido – Outubro/2020.



o Desenvolvimento Sustentável. No Brasil, as compras sustentáveis começaram a ser realizadas nos estados de Minas Gerais e São Paulo, bem como no município de São Paulo, escolhidos como piloto do projeto “Fomentando as Compras Públicas Sustentáveis no Brasil”, liderado pelo Local Governments for Sustainability (ICLEI) – ou Governos Locais pela Sustentabilidade.<sup>1</sup>

Em 2007, o Brasil aderiu ao Processo de Marrakesh, lançado em 2003 pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma), comprometendo-se a elaborar seu Plano Nacional de Produção e Consumo Sustentáveis.<sup>2</sup> Assim, a administração federal começou a realizar compras sustentáveis a partir de 2010. Na Rio+20, em 2012, esse compromisso foi reforçado no documento da conferência, que constata a necessidade de mudanças estruturais na forma como a sociedade produz e consome, a fim de se alcançar o desenvolvimento sustentável global.

A partir daí, um conjunto normativo<sup>3</sup> foi elaborado para amparar a atuação do Governo Federal nas compras sustentáveis. Deu-se inclusive a alteração da Lei nº 8.666 para reforçar o processo de adoção de critérios sustentáveis nas compras públicas e foi promulgado o Decreto nº 7.746/2012, cujo intuito é regulamentar seu artigo 3º, estabelecendo critérios, práticas e diretrizes para o desenvolvimento nacional sustentável nas contratações públicas.

A despeito de iniciativas adotadas e tendo já transcorridas duas décadas do século XXI, o Brasil ainda enfrenta dificuldades para incorporar amplamente na cadeia de valores da produção e do consumo uma sistemática de fornecimento sustentável de insumos, bens e serviços. Os parcos números relativos às compras públicas sustentáveis são uma evidência incômoda dessa realidade<sup>4</sup>. Segundo estudo realizado pela Cepal/MMA,<sup>5</sup> as compras sustentáveis do Governo Federal atingiram R\$ 8,5 milhões em 2011; em 2012, responderam por cerca de R\$ 40 milhões, o que representa 0,1% do total gasto; e chegaram a R\$ 33,4 milhões em 2014 – aquisições dos órgãos do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (SIASG). Apesar desse crescimento, as compras públicas sustentáveis representaram apenas 0,29% do total das compras governamentais ocorridas em 2015, levando-se em consideração todas as modalidades de contratação.

Tais números são tímidos diante da determinação legal de que as compras públicas devem observar critérios de sustentabilidade. Pode-se considerar, no entanto, que refletem, em parte, os óbices jurídicos enfrentados pelas instituições governamentais, os quais são aqui analisados de modo a lançar luz para sua necessária superação.

1 MENDONÇA, R. A. M. et al. Institucionalização de compras públicas sustentáveis: uma análise da experiência do governo de Minas Gerais. *REAd*, Porto Alegre, v. 23, n. 3, p. 62-91, set.-dez. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-2311.161.61307>. Acesso em: 20 mar. 2021.

2 A primeira versão do Plano de Ação de Produção e Consumo Sustentáveis (PPCS) foi disponibilizada no site do Pnuma em maio de 2008. Essa versão foi elaborada pelo Comitê Gestor de Produção mais Limpa, que passou a ser denominado Comitê Gestor de Produção e Consumo Sustentável a partir da Portaria MMA nº 44/2008. Uma segunda versão do PPCS foi lançada em 2011 para o ciclo de 2011 a 2014. O documento focaliza as ações voltadas à promoção do consumo consciente, prevendo ações governamentais, do setor produtivo e da sociedade civil. Cf. CAVALCANTI, D. et al. *Compras públicas sustentáveis – Diagnóstico, análise comparada e recomendações para o aperfeiçoamento do modelo brasileiro*. LC/BRS/TS.2017/2, Nações Unidas, Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal), Santiago S.16-01328, fevereiro de 2017.

3 Alguns avanços normativos merecem destaque, um deles é a Lei nº 12.187 de 2009 – Política Nacional de Mudança do Clima, que prevê a adoção de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, considerando economia de energia, água e outros recursos naturais, bem como a redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos. Outro é a Lei nº 12.305/2010, que trata da Política Nacional de Resíduos Sólidos e introduz a logística reversa, o último elo do ciclo de vida. Essa lei elege as licitações sustentáveis como um dos interesses primários a serem defendidos por todos os entes federados. Cf. BETIOL, Luciana et al. (org.). *Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. (ICLEI European Secretariat GmbH).

4 Os dados do estado de São Paulo eram mais promissores. O monitoramento do desempenho de compras sustentáveis vem sendo feito desde 2008, quando as compras ditas sustentáveis, com base na ferramenta do Selo Socioambiental, representaram 2,13% do volume total de compras realizado pelo estado. Em 2015, esse percentual atingiu 7,3% do orçamento estadual, equivalente a um valor de R\$ 286 milhões (CAVALCANTI et al., *Compras públicas sustentáveis, op. cit.*). Não estão disponíveis dados do volume de compras sustentáveis pelo estado de Minas Gerais.

5 CAVALCANTI et al., *Compras públicas sustentáveis, op. cit.*

Além desses, Moura avaliou a evolução das compras públicas sustentáveis no Brasil e identificou os seguintes obstáculos: custos; restrições à competitividade e oferta insuficiente; falta de conhecimento sobre meio ambiente e forma de elaborar os critérios ambientais; falta de ferramentas práticas e informação; e obstáculos da cultura organizacional.<sup>6</sup>

Noutro estudo, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), realizado em 2011 e publicado no ano seguinte, ressalta

(...) a etapa de identificação de critérios ambientais e sociais como um dos passos cruciais. É o mais complexo, por envolver o conhecimento e a avaliação dos impactos ambientais dos produtos, bem como a necessidade de identificar critérios que possam ser atendidos em função da disponibilidade no mercado, sem restringir o processo competitivo. Assim, é necessário selecionar aqueles que respondem aos impactos pretendidos pela administração e possam ser atendidos pelo mercado. (IPEA, 2012, p. 511)

Já Cavalcanti *et al.*<sup>7</sup> mencionam, entre outros obstáculos para a realização de compras públicas sustentáveis:

- a. Definição de padrões e critérios socioambientais objetivos a serem inseridos nas especificações de bens e serviços e nos editais voltados à sua aquisição/contratação, de forma respaldada tecnicamente por organismos especializados;
- b. Adequação do Sistema de Catalogação de Materiais para a correta classificação de itens considerados sustentáveis;
- c. Adequação do sistema atualmente utilizado para o monitoramento das compras públicas sustentáveis (CPS), apoiado na nova forma de classificação dos itens, acima citada, na integração dos sistemas e na geração de relatórios com dados estatísticos confiáveis.

Diante desse quadro, defende-se que a inovação tecnológica, como se demonstrará, seja utilizada como uma aliada poderosa para suprir a deficiência de informações e de ferramentas para apoiar o processo de compras sustentáveis. Essas ferramentas podem efetuar comparações entre os atributos de sustentabilidade de bens e serviços, de modo transparente, confiável e abrangente, para os mais diversos setores produtivos. Tudo isso para dar a devida isonomia, imparcialidade e competitividade ao processo de compras.

Resta salientar que, tal como nas compras realizadas pela iniciativa privada, uma política abrangente para o desenvolvimento da cadeia de fornecedores sustentáveis<sup>8</sup> é essencial para a ampliação e o aumento da competição no fornecimento de insumos, bens e serviços a instituições governamentais. Entre os benefícios, pode-se prever de maneira direta que essa política resulte, pelo menos, em aumento da competitividade e na redução dos preços praticados nas aquisições governamentais.

6 MOURA, Adriana M. M. As compras públicas sustentáveis e sua evolução no Brasil, *Boletim Regional, Urbano e Ambiental – IPEA*, n. 7, p. 23-33, jan.-jun. 2013.

7 CAVALCANTI *et al.*, *Compras públicas sustentáveis*, *op. cit.*

8 As pressões para que as organizações alinhem sua gestão ao desenvolvimento sustentável deram impulso para a concepção da cadeia de suprimentos sustentáveis, ou seja, para uma integração das atividades relacionadas com o fluxo e a transformação de produtos, desde os insumos até ao consumidor final, bem como os fluxos de informação associados, buscando estabelecer melhores relações da cadeia de abastecimento, para alcançar uma vantagem competitiva sustentável. Seu objetivo é atuar nas três dimensões do desenvolvimento sustentável (econômica, ambiental e social) e de atender os requisitos de clientes e dos *stakeholders*. Nesse contexto, a vantagem competitiva, além de ser mensurada por indicadores financeiros, deve ser medida pelo benefício percebido pelos clientes e *stakeholders* nas outras duas dimensões. Cf. SALLES, A. C. *et al.* Cadeia de suprimentos sustentável: análise das práticas presentes nas empresas do ISE/Bovespa. *Revista Livre de Sustentabilidade e Empreendedorismo*, v. 3, n. 4, p. 171-201, jul.-ago. 2018.

## 2 SUPERAÇÃO DOS DESAFIOS JURÍDICOS PARA AS COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS

### 2.1 Isonomia e interpretação

A Lei nº 8.666/1993, que institui normas para licitações e contratos da administração pública, tem, em seu artigo 3º, *caput*, um verdadeiro núcleo gravitacional em torno do qual gravitam as demais normas que a compõe, *in verbis*:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Depreende-se que, dentre os princípios constitucionais que constituem o aludido dispositivo, os princípios da proposta mais vantajosa, da isonomia e da promoção do desenvolvimento nacional sustentável são os que mais relevância têm para a reflexão que se pretende desenvolver neste artigo, até mesmo porque os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos encontram-se suficientemente esclarecidos pela doutrina jurídica.

Em verdade, haure-se da literatura jurídica que se há um grande óbice jurídico para se induzir a administração pública a contratar bens e serviços que promovam o desenvolvimento nacional sustentável, esse estorvo situa-se na dificuldade que têm os intérpretes em compatibilizar o princípio da sustentabilidade com o princípio de isonomia, com vistas a identificar a proposta mais vantajosa. A isonomia, embora seja um conceito jurídico, tem suas raízes na filosofia e significa o “perfeito equilíbrio das propriedades que constituem o corpo: saúde”.<sup>9</sup> Portanto, isonomia corresponde ao que se entende por saúde, um estado de perfeito equilíbrio entre as propriedades do corpo, um estado em que uma propriedade do organismo não se sobrepõe às outras, o que, se viesse a ocorrer, significaria doença.

Não obstante, sob a influência do formalismo jurídico, a isonomia vem sendo interpretada em perspectiva formal, como igualdade formal, entendimento regido pela lógica da aplicação literal e rígida da lei, inteligência que produz desequilíbrio (doença) porque ignora a isonomia material, compreensão lógica cujo objetivo é equilibrar as propriedades e a higidez do corpo (saúde). Incurrendo em equívoco, data vênua, ainda prevalece entre respeitáveis intérpretes o entendimento segundo o qual o princípio da isonomia proíbe a diferenciação quando, em verdade, é desenvolvendo as relações igual/desigual entre as propostas dos que pretendem contratar com a administração pública que se constrói a isonomia.

Poder-se-ia dizer que na isonomia formal o intérprete estabelece relações entre as propriedades de maneira estática e retrospectiva; na isonomia material estabelece relações entre as propriedades de maneira dinâmica e prospectivamente, isto é, como um objetivo a ser alcançado, na hipótese, a proposta mais vantajosa.

É exatamente por essas razões que, antes que se faça um juízo formal de isonomia (igual/desigual), há que se ter clareza sobre o igual/desigual entre as pessoas, coisas ou situações sob a perspectiva do equilíbrio a ser construído (saúde), e não do desequilíbrio (doença). Ou seja, situações, pessoas e coisas somente são iguais ou desiguais quando se estabelecem relações entre suas propriedades. É exatamente o elemento relação, pelo qual se ponderam e se compreendem propriedades distintas, que se pode identificar se as pessoas, coisas ou situações estão sendo tratadas igual ou desigualmente. Não

9 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 676.

à toa, sustenta-se que o processo cognoscitivo do Direito deve considerar as propriedades do dado: o lógico nos enunciados e o empírico, as propriedades dos dados de fato valorativamente extraídos da realidade situacional, física e social.

Dito de outro modo, não ferem o princípio da isonomia propostas com propriedades diferentes, por exemplo, a administração pública vir a exigir dos licitantes que apresentem propostas que levem em conta o menor consumo de água ou de energia elétrica, bem como menor emissão de CO<sub>2</sub> ou o uso preferencial de material reciclável. Por outro lado, fere a isonomia, em razão de seu alto preço, a certificação ambiental, tal como referida no Acórdão TCU nº 6. 195/2013 – 2ª Câmara – Relação 34/2013, porque direciona a concorrência às grandes empresas, o que vai de encontro com a filosofia que orienta a Lei nº 8.666/1993, que prestigia a pequena empresa.

## 2. 2 Proposta mais vantajosa e sustentabilidade

Há uma tribo africana que, com extrema sabedoria, educa seus membros adultos, dia após dia, lembrando-os de que eles não são os donos do planeta; recordam que eles apenas dele cuidam porque as crianças o emprestaram a eles, cabendo-lhes, ao final, entregá-los às crianças tão saudável quanto receberam de seus pais.

Aquele que interpreta o art. 225 da Constituição da República pode concluir que o constituinte brasileiro se inspirou no legado africano. Afinal, o que preconiza aludido artigo é: “todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Para tanto, impõe-se à coletividade e ao poder público prevenir e precaver danos à sustentabilidade, além de fixarem políticas públicas capazes de induzir o campo econômico e o campo social a aderirem ao desenvolvimento sustentável.

No Brasil, sobretudo depois que o conteúdo da Instrução Normativa – IN 01 foi editado em 2010 pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, cuja constitucionalidade gerava dúvida, foi incorporado o art. 3º à Lei n.º 8.666/1993 como *status* de lei infraconstitucional (Lei nº 12.349/2010). Com a edição da Lei nº 12.349/2010, não mais se pode duvidar que a promoção da sustentabilidade do objeto da licitação, seja ele obra, serviços ou bens, decorre de lei. Portanto, desconsiderar essa exigência compromete, inclusive, o princípio da legalidade e pode levar à anulação do procedimento licitatório.

Deve ser levado para o museu dos entendimentos superados mesmo aquele velho argumento segundo o qual as questões ambientais não podem se converter em condição para a habilitação no certame porque a inclusão de critérios de sustentabilidade deve estar na especificação do objeto ou entre as condições de cumprimento do avançado. De igual modo, o entendimento segundo o qual o rol das exigências previstas nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993 seria exaustivo. Naturalmente que não! São exemplificativas e podem ser acrescidas em função das alterações legislativas, como a edição da Lei nº 12.349/2010.

Em verdade, sobretudo em razão da efetividade e eficácia do princípio que obriga a vinculação ao edital, os critérios de sustentabilidade devem constar do instrumento convocatório porque, no que tange à especificação do objeto ou às condições para o cumprimento do contrato, as normas ambientais em vigor asseguram que jamais o licitante que se sagra vencedor poderá cumprir o objeto contratado sem observá-las. Caso, por exemplo, das normas de maior amplitude e de âmbito nacional, que devem ser, obrigatoriamente, observadas pela indústria, como as que constam do quadro a seguir.



## Quadro 1 – Normas ambientais em vigor no Brasil

Legislação	Objeto	Características
Lei da Política Nacional do Meio Ambiente n.º 6.938/1981	Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.	Cria o Sistema Nacional do Meio ambiente (SISNAMA), com o objetivo de instituir o princípio do poluidor pagador em todas as diretrizes que fossem lançadas posteriormente sobre as legislações ambientais. Essa lei marca o avanço em relação à responsabilização dos setores produtivos com os impactos ambientais da produção, criando uma série de obrigações, como o licenciamento ambiental, determinando profundamente uma nova consciência ambiental corporativa que ressoaria em todas as novas legislações.
Resolução Conama n.º 001/1986	Licenciamento ambiental	Estabelece critérios e obrigatoriedade do licenciamento ambiental para todas as atividades promotoras de significativo impacto ambiental.
Constituição Federal de 1988	Define os princípios da administração pública, os princípios da atividade econômica e os princípios voltados ao meio ambiente.	Prevê, entre os princípios da atividade econômica (art. 170), a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços, bem como o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.
Lei Federal n.º 9.605/1998	Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.	Estabelece o crime ambiental como todo e qualquer dano ou prejuízo causado aos elementos que compõem o ambiente: flora, fauna, recursos naturais e o patrimônio cultural. Por violar direito protegido, determina as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.
Lei Federal n.º 9.433/1997	Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Recursos Hídricos.	Define a água como recurso natural limitado, dotado de valor econômico.
Resolução Conama n.º 357/2005	Dispõe sobre o enquadramento dos corpos de água e os limites de padrões de qualidade dos efluentes industriais.	Define a qualidade e o nível de tratamento dos efluentes industriais de acordo com o enquadramento do corpo de água receptor.
Lei Federal n.º 12.305/2010	Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos.	Prevê o estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços e a prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para produtos reciclados e recicláveis e para bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis.
Lei Federal n.º 12.651/2012	Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa.	Institui as regras gerais sobre onde e de que forma a vegetação nativa do território brasileiro pode ser explorada, determinando as áreas que devem ser preservadas e quais regiões são autorizadas.

O que precisa ficar claro, claríssimo, é que critérios de sustentabilidade são elementos indispensáveis, imprescindíveis para a identificação da proposta mais vantajosa, a qual, terminantemente, não se define somente em função do elemento preço. Sobre a questão discorreu o ministro relator Marcos Bemquerer Costa, no Acórdão 1978/2009 – Plenária – TCU:

(...) o conceito da proposta mais vantajosa, inserido no caput do artigo 3º da Lei n. 8.666/1993, não se confunde com o de “mais barato”, visto que sua compreensão pressuporia o atendimento das exigências constitucionais de economicidade e eficiência; em seguida, ampara o entendimento nos ensinamentos de Antônio Carlos Cintra do Amaral, textualmente:

É comum considerar-se que a maior vantagem para a Administração está sempre no menor preço. Isso reflete o entendimento, equivocado, de que a lei consagra a tese de que o mais barato é sempre o melhor, sem contemplação com a técnica e a qualidade. Esse entendimento não corresponde ao disposto na Lei 8.666/93 e conflita com os princípios da razoabilidade, eficiência e economicidade, que regem os atos administrativos, inclusive os procedimentos licitatórios.

Ora, se a lei tivesse o propósito de obrigar a administração pública a sempre contratar pelo menor preço, traria escrito menor preço onde consta proposta mais vantajosa. Ademais, insta consignar que a Lei nº 12.349/2010, especialmente do art. 5º ao 13, acrescentou diversos parágrafos que, sob a perspectiva sistêmico-teleológica, encorajam a aquisição de bens, serviços e obras que promovam o desenvolvimento sustentável ao inaugurarem a possibilidade de se apresentarem à licitação propostas sustentáveis até 25% (vinte cinco por cento) acima do praticado pelo mercado. Critérios sustentáveis, em verdade, cada vez mais, deixam de ser considerados gastos e passam a ser entendidos como investimento transgeracional.

Luciano Ferraz, no artigo “Função regulatória da licitação”, citado em dissertação *A juridicidade das licitações sustentáveis*,<sup>10</sup> consigna:

(...) a licitação pode ser utilizada como instrumento de regulação de mercado, de modo a torná-lo mais livre e competitivo, além de ser possível concebê-la – a licitação – como mecanismo de indução de determinadas práticas (de mercado), que produzam resultados sociais benéficos, imediatos ou futuros, à sociedade.

(...) é possível o emprego do procedimento licitatório como forma de regulação diretiva ou indutiva da economia, seja para coibir práticas que limitam a competitividade seja para induzir práticas que produzam efeitos sociais desejáveis.

Portanto, ainda que se entenda que o disposto na Lei nº 12.349/2010, hoje incorporado à Lei nº 8.666/1993, art. 3º, seja uma diretriz de política pública, não há razão jurídica apta a impedir que critérios sustentáveis constituam requisitos de habilitação se estes não foram inseridos com o propósito de privilegiar algum interessado e se os critérios se encontram acompanhados de pertinente justificação. Conclui-se que, desde a edição da Lei nº 12.349/2010, um novo elemento passa a integrar o conceito de vantajosidade: a preservação do meio ambiente e o uso racional dos recursos naturais. Com efeito, além dos elementos econômico e isonômico, passa o elemento ambiental a compor a equação que revelará a incógnita da licitação, isto é, a proposta mais vantajosa que se quer descobrir.

### 3 Tecnologia da informação para inovação das compras sustentáveis

O conceito de Compras Públicas Sustentáveis (CPS), segundo o Ipea,

(...) são aquelas que incorporam critérios de sustentabilidade nos processos licitatórios. Ou seja, são coesas com os princípios abarcados pelo desenvolvimento sustentável, um conceito complexo que busca promover uma sociedade mais justa e equitativa para as gerações atuais e futuras, desenvolvendo-se dentro dos limites (ou capacidade de suporte) do meio ambiente.<sup>11</sup>

Como mencionado anteriormente, os compradores públicos, mas aí também se incluem as empresas privadas, enfrentam dificuldades no momento de elaboração e inclusão de critérios ou atributos de sustentabilidade nas compras e contratações. Essa tarefa exige conhecimento técnico especializado, pois adota usualmente uma abordagem sistêmica baseada na análise do ciclo de vida do produto (bem ou serviço). Esse conceito

(...) abarca tanto um aspecto quantitativo, expresso na ferramenta da avaliação do ciclo de vida (ACV), quanto um aspecto qualitativo – o pensamento de ciclo de vida, que tem o potencial de expandir o olhar do tomador de decisão quando não for possível obter dados aritméticos de impactos ambiental ou social decorrentes de uma compra ou contratação.<sup>12</sup>

10 PASCHOALINI, Ivanice M. P. A juridicidade das licitações sustentáveis – o papel das contratações públicas no desenvolvimento nacional sustentável. FUMEC, 2014 /Luciano Ferraz. Função Regulatória da Licitação. *Revista do TCMG*, ano XXVII, v. 71, n. 3, 2009. p. 27.

11 IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Financiando o desenvolvimento sustentável: o papel das compras públicas*. Brasil em desenvolvimento 2011: Estado, planejamento e políticas públicas. Brasília: Ipea, 2012. v. 2, p. 501.

12 FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS/Centro de Estudos em Sustentabilidade, GVces. Sustentabilidade na gestão de fornecedores – Ciclo 2014. São Paulo: GVces, 2014. p. 14. Disponível em: [http://mediadrawer.gvces.com.br/publicacoes/original/iscv\\_ciclo\\_14\\_final.pdf](http://mediadrawer.gvces.com.br/publicacoes/original/iscv_ciclo_14_final.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

Essa definição deve assegurar a competição e a ampla participação dos interessados, por meio de padrões e critérios socioambientais a serem inseridos nas especificações para compra de bens e serviços – tarefa trabalhosa e que pode tornar ainda mais moroso o processo de compra.

Para esse propósito, o Governo Federal tem trabalhado com o Catálogo de Bens Sustentáveis, fruto do esforço para a ampliação dos itens ofertados ao gestor de compras com vistas à expansão das compras sustentáveis em relação ao total gasto em contratações pela administração pública. Em 2017, o Catálogo do Governo Federal contava com cerca de 1.022 itens; o Catálogo do Estado de São Paulo contava com cerca de 2.000 itens; e o de Minas Gerais, com cerca de 510 itens.<sup>13</sup>

Muitas vezes, em especificações, manuais, instruções de serviços e normativas para compras públicas sustentáveis, acaba-se optando pela utilização de selos e certificações ambientais, com ênfase para aquelas que estabelecem sistemas de gestão ambiental, tal como postos nas normas ISSO.<sup>14</sup> Entretanto, a complexidade para o alcance e a manutenção dessas certificações – contratação de consultoria especializada para a implantação, custos operacionais e de auditorias, com permanência de equipe interna qualificada e dedicada para sua manutenção – representa restrições para uma parcela significativa dos fornecedores nacionais nos processos de compras públicas, pois não têm recursos suficientes para obtê-las.

Refere-se aqui essencialmente às micro e pequenas empresas (MPE),<sup>15</sup> cuja inserção na cadeia de fornecedores sustentáveis pode trazer expressivo dinamismo à economia brasileira, dada a sua importância inclusive para o alcance de resultados de alto valor social e ambiental. Essa característica da estrutura produtiva brasileira requer que o desenvolvimento da cadeia de fornecedores deva ser necessariamente inclusivo, ou seja, capaz de apoiar um gradual alinhamento das empresas ao desenvolvimento sustentável. Dessa forma, é importante atrair e incentivar as MPE a participarem da cadeia de suprimentos sustentáveis, definindo ações para sensibilização, treinamento, engajamento, monitoramento, etc.

Interessante, nesse contexto, conhecer o que pensam as MPE sobre sustentabilidade, o que pode ser visto na sondagem realizada<sup>16</sup> pelo Sebrae em 2012, que objetivou avaliar o nível de percepção desses empresários acerca dos temas ambientais. Os resultados são positivamente surpreendentes. Indicam que o dia a dia dos pequenos negócios contempla diversas práticas sustentáveis, ainda que pontuais. Sinalizam sensibilidade da categoria para uma atuação mais cuidadosa quanto ao uso dos recursos naturais e à mitigação de impactos no ambiente. Revelam abertura para a percepção de que tal cuidado possa gerar valor para a empresa e a sociedade, simultaneamente.

Eis que temos um cenário no qual as MPE podem ser agentes multiplicadores das boas práticas ambientais, ampliando suas ações de melhoria dos processos produtivos para a minimização do desperdício e da poluição, o que as torna capazes de contribuir para o alcance de metas de sustentabilidade em nível regional ou nacional. Nesse sentido, uma política para desenvolvimento da cadeia de fornecedores sustentáveis pode contribuir para estimular e valorizar sua diferenciação competitiva. Suficiente seria

13 CAVALCANTI et al., *Compras públicas sustentáveis*, op. cit.

14 Normas ISO – criadas pela Organização Internacional de Padronização (ISO), com o objetivo de melhorar a qualidade de produtos e serviços.

15 Dados do Ministério da Economia (abril de 2019) demonstram que o país tem mais de 13 milhões de empresas optantes pelo Simples Nacional, regime tributário que define as micro e pequenas empresas (MPE) por faixa de faturamento. Segundo o Sebrae, já são as principais geradoras de riqueza no país. As MPE respondem por 53,4% do Produto Interno Bruto (PIB) do comércio e, na indústria e no setor de serviços, a participação delas também é relevante – 22,5% e 36,3%, respectivamente. Para se ter ideia da relevância delas para a economia do Brasil, basta olhar os números referentes aos empregos formais. Estima-se, com base nas estatísticas do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged), que as MPE contribuíram com 93,6 mil empregos com carteira assinada. O saldo representa 72,3% do total gerado no país em abril de 2019, que foi de 129,6 mil, sendo que: uma microempresa tem de 9 a 19 empregados; a de pequeno porte tem de 10 a 49 empregados; a de médio porte de 20 a 99. Quanto ao faturamento, para o Sebrae, as MPE podem ser divididas em quatro segmentos por faixa de faturamento anual: microempreendedor individual, até R\$81 mil; microempresa, até R\$360 mil; empresa de pequeno porte, entre R\$360 mil e R\$ 4,8 milhões.

16 SEBRAE – SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *O que pensam as micro e pequenas empresas sobre sustentabilidade* – 2012. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/estudos-e-pesquisas>. Acesso em: 12 fev. 2021.

que as MPE ambientalmente ativas, mais que um bom exemplo, tivessem oportunidades de negócio em virtude da diferenciação de suas ofertas no mercado em que atuam.

Esse cenário, sem sombra de dúvidas, pode se viabilizar em larga escala, com o apoio e avanços da tecnologia da informação, uma das três forças dos pontos de inflexão na história da humanidade, segundo Friedman.<sup>17</sup>

Para tanto, uma plataforma digital concebida para apoiar o processo de compras sustentáveis pode conectar compradores e fornecedores e disponibilizar atributos sustentáveis definidos a partir da análise do ciclo de vida para diferentes tipos de produtos ou serviços. Tais atributos devem ser evidenciados pelos fornecedores para análise da equipe técnica qualificada da plataforma, que informará se as evidências das características sustentáveis podem ser aferidas por processos confiáveis.

Vale lembrar nesse mérito as considerações do Ipea a respeito da escolha dos atributos sustentáveis:

Existe o entendimento de que a sustentabilidade pode ser mais facilmente alcançada se muitos licitantes considerarem apenas alguns critérios mais estratégicos do que se apenas poucos avaliarem muitos critérios ao tomarem suas decisões. Mesmo o cumprimento de apenas um critério pode ser suficiente para considerar o produto como sustentável, já que no estágio atual de desenvolvimento do mercado de produtos sustentáveis ainda não é possível o uso de muitos critérios limitantes ou inflexíveis, sob a pena de inviabilizar a realização de uma licitação sustentável. Nesse sentido, estudos do projeto Relief, na Europa, demonstraram que uma a três características podem ser responsáveis por 70% a 90% dos impactos ambientais durante todo o ciclo de vida do produto (BIDERMAN et al., 2008).<sup>18</sup>

Isso reforça a possibilidade de que a plataforma digital funcione como um apoio para o gradual desenvolvimento da cadeia de fornecedores, começando com um conjunto enxuto de atributos sustentáveis e acrescentando outros à medida que os fornecedores conseguem cumprir tais requisitos. Em outras palavras, a plataforma atuará como uma estratégia inclusiva para fornecedores que vão se alinhando ao desenvolvimento sustentável.

De todo modo, o conjunto de informações ofertado pela plataforma agilizará os processos de compra e reduzirá seus custos, tendo em vista o compartilhamento da plataforma entre as diversas instituições usuárias.

Além disso, a tecnologia da informação permite que os processos de compras públicas sustentáveis possam ser feitos com ferramentas analíticas flexíveis, próprias para efetuar comparações e ranqueamento de produtos e serviços com características sustentáveis. Desse modo, a plataforma pode instruir o processo de compra com gráficos comparativos e relatórios para justificar as vantagens oferecidas pelos concorrentes em termos de sustentabilidade.

Tal plataforma pode ainda estimular a melhoria contínua dos fornecedores, seja dos que já produzem com foco na sustentabilidade, seja daqueles que queiram trilhar esse caminho.<sup>19</sup> Caminho que, nos dizeres de Haddad, é de um novo desenvolvimento, no qual os “recursos naturais são elementos pivotais de um novo ciclo de expansão que seja, de forma simultânea, economicamente eficiente, socialmente justo e ambientalmente sustentável”.<sup>20</sup> Caminho no qual a competitividade e a proposta mais vantajosa estão na produção e nos serviços que respeitam os limites do planeta ou a capacidade de suporte biogeofísica do ambiente para uma atuação produtiva e sustentável.

17 FRIEDMAN, Thomas L. *Obrigado pelo atraso: um guia otimista para sobreviver em um mundo cada vez mais veloz*. Tradução Cláudio Figueiredo. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2017.

18 IPEA, *Financiando o desenvolvimento sustentável*, op. cit., v. 2, p. 511.

19 Espera-se que este seja o caminho para alcançar o que é denominado pelo auditor federal Carlos Eduardo Lustosa da Costa, do TCU, de “ponto ótimo” para as compras públicas sustentáveis, ou seja, “a intersecção entre preço, competitividade, viabilidade e menor impacto ambiental”; visto que atende suas recomendações: “é importante justificar bem os critérios e adotar parâmetros objetivos, dentro de normas técnicas, para não induzir qualquer tipo de direcionamento no processo de compra”. Cf. BETIOL, *Guia de compras públicas sustentáveis*, op. cit.

20 HADDAD, Paulo R. *Uma introdução à economia do século XXI*. e-galáxia. Edição do Kindle: 2018.

Vale salientar, por oportuno, as ponderações de Carvalho e Barbieri<sup>21</sup> a respeito da capacidade do comprador em influenciar a introdução de práticas sustentáveis entre os membros de sua cadeia de suprimentos: a sustentabilidade se tornará integrada à organização quando esta possuir capacidade de inovação e uma gestão orientada à sustentabilidade. Alguns autores ressaltam, ademais, que a sustentabilidade é catalizadora para a inovação.<sup>22</sup>

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado, as compras corporativas de uma organização, seja pública seja privada, podem ser grandes aliadas para o alcance das metas de sustentabilidade em nível regional ou nacional, se formuladas com base em critérios que privilegiem produtos e os serviços sustentáveis. Se de um lado, do comprador, apenas no setor público nacional, as compras representam cerca de 12% do PIB; de outro, do fornecedor, as MPE, segundo o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae),<sup>23</sup> já são as principais geradoras de riqueza no país e com interesse para serem agentes multiplicadores das boas práticas ambientais. Basta, para isso, implementar uma forma de serem estimuladas, com a valorização e a diferenciação competitiva de suas ações de melhoria nos processos produtivos para a minimização do desperdício e da poluição. Essa forma, sem sombra de dúvidas, está no estabelecimento, em larga escala, de mecanismos para compras sustentáveis, desde que superados os óbices jurídicos e os desafios de inclusão de atributos de sustentabilidade nas compras e contratações, com características sustentáveis, mensuráveis, reportáveis e verificáveis, e ao alcance, de forma clara, objetiva e isonômica, de todos.

No que tange aos óbices jurídicos, ficou demonstrado que a administração pública, quando exigir dos licitantes que apresentem propostas que levem em conta o menor consumo de água ou de energia elétrica, bem como menor emissão de CO<sub>2</sub> ou o uso preferencial de material reciclável, não fere o princípio da isonomia. Pode, sim, ferir a isonomia, em razão de seu alto preço, a exigência de certificação ambiental, como majoritariamente são encaminhadas as soluções para comprovação de sustentabilidade, porque direciona a concorrência às grandes empresas, o que vai de encontro com a filosofia que orienta a Lei nº 8.666/1993, que prestigia a pequena empresa. Ainda, como concluído, desde a edição da Lei nº 12.349/2010, um novo elemento passa a integrar o conceito de vantagem: a preservação do meio ambiente e o uso racional dos recursos naturais. Assim, além dos elementos econômico e isonômico, o elemento ambiental passa a compor a equação que revelará a incógnita da licitação, isto é, a proposta mais vantajosa que se quer descobrir.

Quanto aos desafios de inclusão de atributos de sustentabilidade, claro fica que, com o apoio e avanços da tecnologia da informação, é possível a concepção de uma plataforma digital voltada pra apoiar o processo de compras sustentáveis que conecte compradores e fornecedores por meio da disponibilização de atributos sustentáveis definidos, com base na análise do ciclo de vida para diferentes tipos de produtos ou serviços e que também exerça a função de estimular a melhoria contínua dos fornecedores, seja dos que já produzem com foco na sustentabilidade, seja daqueles que queiram trilhar essa agregação de valor. Assim procedendo, desenvolve-se um cenário no qual a competitividade e a proposta mais vantajosa estarão na produção e nos serviços que respeitam os limites do planeta ou a capacidade de suporte biogeofísica do ambiente para uma atuação produtiva e sustentável.

21 CARVALHO, André P.; BARBIERI, J. C. Inovações socioambientais em cadeias de suprimento: um estudo de caso sobre o papel da empresa focal. *Revista de Administração e Inovação*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 232-256, jan./mar. 2013.

22 FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS/Centro de Estudos em Sustentabilidade, GVces. *Inovação e sustentabilidade na cadeia de valor – Ciclo 2012*, Gestão de fornecedores. São Paulo: GVces, 2012b. Disponível em: [https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/arquivos.gvces.com.br/arquivos/gvces/arquivos/117/publicacao\\_iscv\\_ciclo2012.pdf](https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/arquivos.gvces.com.br/arquivos/gvces/arquivos/117/publicacao_iscv_ciclo2012.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

23 Cf. Portal Sebrae: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae>.



## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BETIOL, Luciana et al. (org.). *Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. (ICLEI European Secretariat GmbH).
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Guia nacional de licitações sustentáveis*. Flávia Gualtieri de Carvalho, Maria Augusta Soares de Oliveira Ferreira e Teresa Villac, Brasília: AGU, 2016. Disponível em: <http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/assets/conteudo/uploads/guianacionaldelicitacoessustentaveis.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Manual de licitações sustentáveis da Justiça Federal da 3ª Região*. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 2016.
- CARVALHO, André P.; BARBIERI, J. C. Inovações socioambientais em cadeias de suprimento: um estudo de caso sobre o papel da empresa focal. *Revista de Administração e Inovação*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 232-256, jan./mar. 2013.
- CAVALCANTI, D. et al. Compras públicas sustentáveis – Diagnóstico, análise comparada e recomendações para o aperfeiçoamento do modelo brasileiro. LC/BRS/TS.2017/2, Nações Unidas, Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal), Santiago S.16-01328, fevereiro de 2017.
- CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS. *Siderurgia no Brasil 2010-2025: subsídios para tomada de decisão*. Brasília, 2010. (Série Documentos Técnicos, 9).
- COSTA, Carlos Eduardo Lustosa. *As licitações sustentáveis na ótica do controle externo*. Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU, como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Auditoria e Controle Governamental, Brasília/DF, 2011.
- FRIEDMAN, Thomas L. *Obrigado pelo atraso: um guia otimista para sobreviver em um mundo cada vez mais veloz*. Tradução Cláudio Figueiredo. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2017.
- FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. *Compra sustentável: a força do consumo público e empresarial para uma economia verde e inclusiva*. São Paulo: Programa Gestão Pública e Cidadania, 2012a.
- FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS/Centro de Estudos em Sustentabilidade, GVces. *Inovação e sustentabilidade na cadeia de valor – Ciclo 2012, Gestão de fornecedores*. São Paulo: GVces, 2012b. Disponível em: [https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/arquivos.gvces.com.br/arquivos\\_gvces/arquivos/117/publicacao\\_iscv\\_ciclo2012.pdf](https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/arquivos.gvces.com.br/arquivos_gvces/arquivos/117/publicacao_iscv_ciclo2012.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.
- FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS/Centro de Estudos em Sustentabilidade, GVces. *Sustentabilidade na gestão de fornecedores – Ciclo 2014*. São Paulo: GVces, 2014. Disponível em: [http://mediadrawer.gvces.com.br/publicacoes/original/iscv\\_ciclo\\_14\\_final.pdf](http://mediadrawer.gvces.com.br/publicacoes/original/iscv_ciclo_14_final.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.
- HADDAD, Paulo R. *Uma introdução à economia do século XXI*. e-galáxia. Edição do Kindle: 2018.
- IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Financiando o desenvolvimento sustentável: o papel das compras públicas*. Brasil em desenvolvimento 2011: Estado, planejamento e políticas públicas. Brasília: Ipea, 2012. v. 2.
- ISO. *ISO 20400, compras sustentáveis*. Disponível em: [www.abnt.org.br/publicacoes2/category/221-iso-20400%3Fdownload%3D616:iso-20400+%&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-d](http://www.abnt.org.br/publicacoes2/category/221-iso-20400%3Fdownload%3D616:iso-20400+%&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-d). Acesso em: 10 jan. 2021.





MENDONÇA, R. A. M. et al. Institucionalização de compras públicas sustentáveis: uma análise da experiência do governo de Minas Gerais. *REAd*, Porto Alegre, v. 23, n. 3, p. 62-91, set.-dez. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-2311.161.61307>. Acesso em: 20 mar. 2021.

MOURA, Adriana M. M. As compras públicas sustentáveis e sua evolução no Brasil, *Boletim Regional, Urbano e Ambiental – IPEA*, n. 7, p. 23-33, jan.-jun. 2013.

PASCHOALINI, Ivanice M. P. A juridicidade das licitações sustentáveis – o papel das contratações públicas no desenvolvimento nacional sustentável. FUMEC, 2014 /Luciano Ferraz. Função Regulatória da Licitação. *Revista do TCMG*, ano XXVII, v. 71, n. 3, 2009.

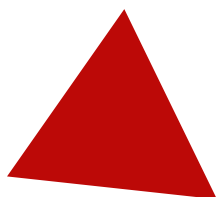
RAMOS, Vinicius D. A.; THOMÉ, Romeu. Licitações sustentáveis: da inadequação da Lei 8.666/1993 às inovações apresentadas pelo regime diferenciado de contratações públicas e pelo Projeto de Lei 559/2013 do Senado Federal. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 5, n. 1, p. 80-105, 2015.

SALLES, A. C. et al. Cadeia de suprimentos sustentável: análise das práticas presentes nas empresas do ISE/Bovespa. *Revista Livre de Sustentabilidade e Empreendedorismo*, v. 3, n. 4, p. 171-201, jul.-ago. 2018.

SEBRAE – SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *O que pensam as micro e pequenas empresas sobre sustentabilidade* – 2012. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/estudos-e-pesquisas>. Acesso em: 12 fev. 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. O TCU e as licitações sustentáveis. Elaine Ferreira Souza Dantas, SecexAmbiental, ago. 2013. Disponível em: <https://ifc.edu.br/wp-content/uploads/2014/05/Elaine-Dantas-O-TCU-e-as-licita%3%a7%3%b5es-sustent%3%a1veis.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

# A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS DE CONCORRÊNCIA DOS PALOP\*



**Nuno Cunha Rodrigues**

Doutoramento em Ciências Jurídico-económicas. Mestrado em Direito. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Cátedra Jean Monnet.

**Sumário:** 1 Enquadramento geral; 2 A gradual implantação de políticas de concorrência nos PALOP; 3 Mecanismos de cooperação internacional para a realização de políticas de concorrência nos PALOP; 4 Conclusão.

**Resumo:** O presente artigo parte da distinção entre política de concorrência e direito da concorrência. São analisadas as diferentes finalidades, perspectivas e impacto que a política de concorrência pode ter em Estados em nível mundial considerando, em particular, o desenvolvimento económico de cada um. Adiante é estudada a política de concorrência acolhida em Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP), em particular no caso de Angola e Moçambique, e a evolução que o direito da concorrência tem sofrido nesses Estados. Por fim, são descritos múltiplos instrumentos de cooperação internacional, no domínio da política e do direito da concorrência, criados e estimulados por organismos internacionais e por organizações não governamentais. Esses mecanismos podem potenciar o desenvolvimento do direito da concorrência em países de língua oficial portuguesa – como o Brasil – ou em Estados com diferentes graus de desenvolvimento económico.

**Abstract:** The paper starts from the distinction between competition policy and competition law. The different purposes, perspectives and impact that competition policy can have in States worldwide are analyzed, considering, in particular, the economic development of each one. Ahead it is studied the competition policy that has been followed in African Portuguese Speaking Countries (PALOP), particularly in the case of Angola and Mozambique, and the evolution that competition law has undergone in these States. Finally, multiple instruments for international cooperation, in the field of competition policy and law, created by international organizations and non-governmental organizations, are described. These mechanisms can enhance the development of competition law in Portuguese-speaking countries – such as Brazil – or in states with different degrees of economic development.

**Palavras-chave:** Política de concorrência; Direito da Concorrência; PALOP; Cooperação internacional; Direito da União Europeia.

**Keywords:** Competition policy; Competition law; PALOP; International cooperation; European Union law.

## 1 ENQUADRAMENTO GERAL

O Direito da Concorrência tem vindo a expandir-se ao longo dos últimos vinte anos. Se, em 1950, apenas

\* Artigo publicado no livro *Estudos Comemorativos dos 30 anos de cooperação entre a Faculdade de Direito de Lisboa e a Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane*. Disponível em: [https://livraria.aafdl.pt/index.php?id\\_product=1108&id\\_product\\_attribute=0&rewrite=estudos-comemorativos-dos-30-anos-de-cooperacao&controller=product&id\\_lang=2](https://livraria.aafdl.pt/index.php?id_product=1108&id_product_attribute=0&rewrite=estudos-comemorativos-dos-30-anos-de-cooperacao&controller=product&id_lang=2).



The European Commission support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents which reflects the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.



dez países tinham regimes codificados de Direito da Concorrência,<sup>1</sup> esse número subiu, atualmente, para mais de 130.<sup>2</sup>

Representando uma novidade para muitos países, esse ramo do Direito constitui uma peça fundamental da política de concorrência que é, por sua vez, estruturante de economias que procurem assegurar o funcionamento eficiente e equilibrado dos mercados; a afectação óptima dos recursos e a protecção dos interesses dos consumidores.

A existência de mercados concorrenciais estimula a atratividade de um país como local de negócios, promovendo eficiência económica, produtividade, inovação e crescimento, permitindo, a final, gerar melhores bens e serviços, a preços mais baixos, ampliando, dessa forma, o bem-estar dos consumidores. A política de concorrência constitui, por tudo isso, um dos quatro pilares da política económica de um governo, juntamente com as políticas monetária; orçamental e de comércio.

Pode até suceder que um Estado desenhe e implante uma política de concorrência sem a existência concomitante de legislação da concorrência. Na verdade, o Direito da Concorrência tem, tipicamente, um campo de aplicação *ex post*,<sup>3</sup> não servindo, per se, para garantir um funcionamento eficiente dos mercados. Exerce um papel necessário, ainda que complementar, à política de concorrência.

No caso dos países em vias de desenvolvimento, a política de concorrência deve ter em consideração objetivos específicos que não são totalmente coincidentes com os prosseguidos em países desenvolvidos.<sup>4</sup>

Estão em causa finalidades previstas no acordo sobre princípios e regras equitativos para o controle de práticas comerciais restritivas, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1980 (UN Set on Competition Policy).<sup>5</sup> De harmonia com ponto A, n.ºs 2 e 3 do acordo, a política de concorrência visa, entre outros aspectos, obter maior eficiência no comércio e desenvolvimento internacional, particularmente dos países em vias de desenvolvimento, de acordo com os objetivos nacionais de economia e desenvolvimento social e estruturas económicas existentes tais como: (a) a criação, incentivo e proteção da concorrência; (b) o controlo da concentração de capital e / ou poder económico; (c) incentivo à inovação para, dessa forma, proteger e promover o bem-estar social em geral e, em particular, os interesses dos consumidores, maximizando o comércio e desenvolvimento.

Não há um modelo *one size fits all* de política de concorrência.<sup>6</sup> A sua arquitectura deve atender à realidade e ao contexto dos específicos países em que se insere, sendo, por isso, crucial definir de forma clara os objectivos que, nesses Estados, se pretende alcançar.

1 Assim, cf. SHAFFER, Gregory C.; NESBITT, Nathaniel H.; WALLER, Spencer Weber. Criminalizing Cartels: A Global Trend? (July 2, 2013). Chapter in *Research Handbook on Comparative Competition Law*, eds. John Duns, Arlen Duke, and Brendan Sweeney (Edgar Elgar, 2015), *Sedona Conference Journal*, v. 12, 2011, Minnesota Legal Studies Research Paper nº 11-26.

2 Assim, v. BRADFORD, Anu *et al.* Competition Law Gone Global: Introducing the Comparative Competition Law and Enforcement Datasets. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 16, p. 411, 2019 (2018).

3 Não se ignora, naturalmente, o regime de controlo prévio de concentrações que, na União Europeia, apenas surgiu no final do século passado com a aprovação do Regulamento 4.064/89.

4 Nesse sentido, v. o documento da UNCTAD sobre concorrência em Moçambique, *Competition issues in the economy of Mozambique*, 2013, p. 5, disponível em [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclp2011d6\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclp2011d6_en.pdf).

5 Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/international/legislation/unctad.pdf>.

6 Como observa ELEANOR FOX, “developing countries must develop their own brand of competition law, resisting pressures to copy ‘international standards’ without regard to fit”. Assim, v. FOX, Eleanor M. Competition, Development and Regional Integration. In: *Search of a Competition Law Fit for Developing Countries*, NYU Center for Law, Economics and Organization, Law & economics Research Paper, working paper nº 11-04, October 2012. p. 2, que propõe seis modelos teóricos para a criação de regras de Direito da Concorrência.

V., ainda, UNCTAD, *The role of competition policy in promoting economic development: The appropriate design and effectiveness of competition law and policy*, 2010, TD/RBP/CONF.7/3: “To be effective in supporting the development process, competition law and policy (CLP) need to be supported and compatible with other complementary pro-development policies that can bear on economic development. A spectrum of factors – including social, economic and political environment – dictate the choices for competition provisions and enforcement design.” Disponível em [https://unctad.org/en/Docs/trbpbconf7d3\\_en.pdf](https://unctad.org/en/Docs/trbpbconf7d3_en.pdf).

Atente-se na estrutura das economias de países em vias de desenvolvimento. As economias desses países, bem como as economias em transição, em particular dos países africanos,<sup>7</sup> encontram-se, frequentemente, numa fase de mudança de modelos predominantemente dirigistas ou intervencionistas por parte do Estado para economias mais liberalizadas. Essa alteração decorre da substituição gradual de formas de intervenção económica direta do Estado – suportadas, no passado, pela atuação de empresas públicas – por outras, de intervenção indirecta, em consequência de processos de privatização. Porém, o encerramento desses processos não impede, em muitos casos, a subsistência de monopólios, em diversos sectores de atividade económica, decorrente da manutenção de operadores incumbentes em inúmeros setores, agora em mãos privadas. A tudo isso acresce a circunstância de, nessas economias, o capital privado se encontrar, frequentemente, concentrado, sendo detido por um escasso número de entidades, o que representa um outro obstáculo à disseminação de uma política de concorrência.<sup>8</sup>

Tais circunstâncias terão de ser compreendidas e refletidas nas políticas de concorrência em países em vias de desenvolvimento. Essas políticas devem, entre outros aspectos, dar especial atenção a monopólios ou monopsonios uma vez que estes podem acarretar um sobrecusto para os consumidores e incentivar o particular escrutínio sobre eventuais práticas de abuso de posição dominante<sup>9</sup> e de dependência económica, atendendo às características das economias em causa. Tudo isso sem esquecer, naturalmente, o papel essencial que a regulação económica setorial desempenha na transição entre setores monopolizados e setores liberalizados.<sup>10</sup>

No caso específico de Angola e Moçambique, alguns setores económicos estão concessionados – como sucede com a exploração de petróleo, gás natural e outros recursos naturais ou transportes –, o que, não sendo um impedimento à concretização de uma política de concorrência, pode, ainda assim, suscitar questões concorrenciais que devem ser antecipadas pelas políticas de concorrência que se pretendem implantar.<sup>11</sup>

Há ainda outros factos que devem ser ponderados na execução de políticas de concorrência em países em vias de desenvolvimento, como os que decorrem da existência de economias informais<sup>12</sup> ou, até, de

7 Problemas idênticos podem ser encontrados nas economias dos países da América Latina.

A esse propósito, v. ODIO, Edgar, *Competition Law in Central America and the Years to Come*. In: PEÑA, Julián; CALLIARI, Marcelo (ed.). *Competition Law in Latin America - A Practical Guide*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016: "There are structural reasons in these countries that tend to limit competition even in the presence of international trade liberalization, particularly: (a) competition culture is very limited, (b) economic power concentration, (c) limited financial and human resources, (d) small local markets, (e) entry barriers. Besides, State intervention in key sectors of the economy and the heavy protectionist barriers levied during the Import Substitution Model were still very much in place when the competition laws were enacted".

Sobre as políticas de concorrência seguidas nos países da América Latina, v. SOKOL, Daniel. *The Second Wave of Latin American Competition Law and Policy*. In: PEÑA; CALLIARI (ed.), *Competition Law in Latin America, op. cit.*, p. 1-6; e GRECO, Esteban *et al.* *Competition Policy and Growth: Evidence from Latin America*. In: PEÑA; CALLIARI (ed.), *Competition Law in Latin America, op. cit.*, p. 51-66.

8 A este propósito, v. o comentário à Lei-modelo da UNCTAD, p. 57: "From the particular perspective of developing countries, it should be stressed that market structure often raises serious concerns about enhancing efficiency through regulatory reform and opening regulated industries to competition. For instance, it has been recently and repeatedly observed that the process of reform utilities in South America has not considered market evaluation prior to privatization of public assets in infrastructure industries. The regulated and unregulated activities constituting the market structure were generally undifferentiated, owing to earlier government intervention."

V. ainda WAKED, Dina I. *Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choices*. *Seattle University Law Review*, n. 38, 2015. p. 960.

9 De forma exemplificativa, na África do Sul verificou-se, no passado, um elevado número de casos de abuso de posição dominante depois de ter sido concluído um ambicioso programa de privatizações de operadores incumbentes.

10 Analisando este problema em países da América Latina, v. OLIVEIRA, Gesner; ORJUELA, Germán. *Competition in Regulated Markets in Latin America: Overview and Challenges*. PEÑA; CALLIARI (ed.), *Competition Law in Latin America, op. cit.*, p. 101-116.

11 Neste sentido, v. UNCTAD, *Competition issues in the economy of Mozambique*, 2013, p. 41, disponível em [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccp2011d6\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccp2011d6_en.pdf): "While the concessions granted so far by the Mozambican Government may not have materially restricted competition in the relevant markets, because they have mostly been granted to foreign companies which had not previously been players in the economy, and have involved large infrastructure projects (...) the situation is most likely to change. An increasing number of local companies are likely going to be involved in the concession projects as their financial positions improve. The perceived competition concerns over abuse of dominance and vertical restraints would then become a reality."

A este propósito v. ainda RODRIGUES, Nuno Cunha. *A adjudicação de concessões na nova lei da concorrência*. *Revista de Contratos Públicos*, n. 5, p. 47-68, 2012.

12 Sobre a economia informal em Moçambique, v. UNCTAD. *Competition issues in the economy of Mozambique*, 2013, p. 43-45.

factores culturais endógenos que podem representar um obstáculo (por exemplo, em alguns países, a população considera a existência de preços fixos um benefício económico). No passado, verificou-se ainda, em alguns países, a subsistência de cartéis que permaneceram enraizados e se beneficiaram da complacência de diferentes estruturas da sociedade.<sup>13</sup> A tudo isso acresce a dificuldade de implantação, em países em vias de desenvolvimento, de programas de clemência – essenciais para a investigação de práticas anti-concorrenciais – cuja utilização é vista pelas empresas como moralmente reprovável.

É nesse caldo de cultura que a política de concorrência pode considerar, em todos os países, a realização de objectivos tão diversos como a eficiência, o bem-estar dos consumidores, o desenvolvimento económico, a protecção do meio ambiente, de pequenas e médias empresas, de grupos sociais minoritários ou da indústria nacional / campeões nacionais.<sup>14</sup>

No caso específico dos países em vias de desenvolvimento, as políticas a prosseguir devem, para além de procurar alcançar algum (ou alguns) dos desideratos anteriormente descritos, cumprir o objectivo nuclear de serem um instrumento para a redução da pobreza e da desigualdade.<sup>15</sup>

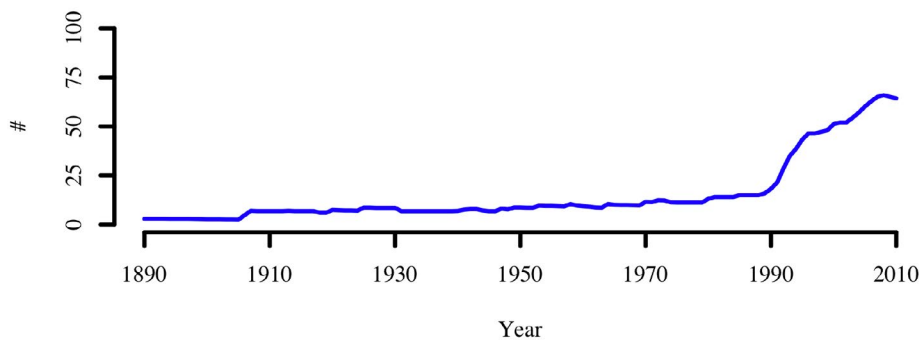
<sup>13</sup> Em alguns casos podem verificar-se problemas adicionais de corrupção ou nepotismo que permitem a subsistência prolongada no tempo de cartéis.

Assim, v. LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie Y. Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy. *Antitrust Law Journal*, n. 71, p. 801, 2003. V. também UNCTAD. Impact of Cartels on the Poor (TD/B/C.I./CLP/24/Rev. 1 / July 2013).

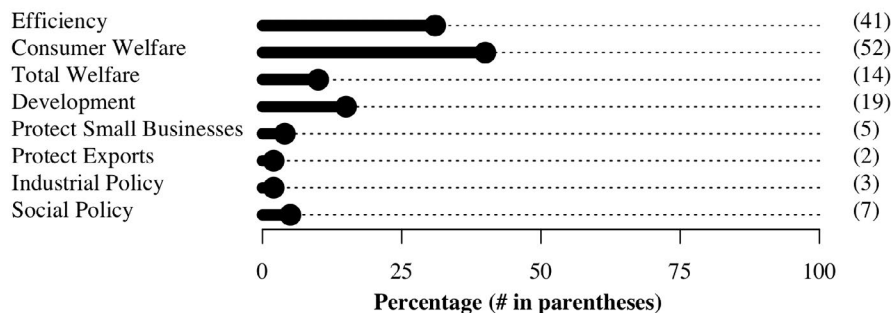
<sup>14</sup> A este propósito v. WARDHAUGH, Bruce. Buying Competition: Developing Competition Regimes Through a WTO-Compliant Generalised System of Preferences. *Manchester Journal of International Economic Law*, v. 13, n. 1, p. 22-49, January 10, 2016.

V., ainda, os dois quadros seguintes, que apresentam dados sobre os objectivos preconizados por autoridades da concorrência a nível mundial. Os quadros são apresentados no estudo de BRADFORD, Anu *et al.* Competition Law Gone Global: Introducing the Comparative Competition Law and Enforcement Datasets. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 16, p. 411, 2019 (2018). p. 31.

### A. Share of Jurisdictions with at Least One Explicit Goal



### B. Share of Jurisdictions with Select Explicit Goals in 2010



<sup>15</sup> Enumerando as seguintes oito áreas através das quais pode alcançar-se a redução da pobreza por via do direito da concorrência, v. FOX, Eleanor. Imagine: pro-poor(er) competition law. In: OCDE. *Global Forum on Competition, Competition and poverty reduction*, DAF/COMP/GF(2013)12, 4 out. 2013. V. p. 332: "(a) Discounting; (b) Market definition choices; (c) Leveraging, foreclosure and access violations; (d) 'Efficient' foreclosures; (e) Excessive pricing; (f) Buyer power; (g) Intellectual property; (h) Simpler rules."

Este último objectivo é, aliás, o tema mais relevante no contexto das considerações relativas a políticas de concorrência em economias emergentes ou em vias de desenvolvimento.<sup>16</sup>

Por tudo isso, o desenho e adopção de políticas de concorrência claras e adequadas à realidade nacional constituem pressuposto essencial da política económica a seguir por países em vias de desenvolvimento.<sup>17</sup>

## 2 A GRADUAL IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS DE CONCORRÊNCIA NOS PALOP

Pode afirmar-se que não há, nos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP), um historial de aplicação do Direito da Concorrência.

No caso da Guiné-Bissau e de São Tomé e Príncipe, não é conhecida legislação da concorrência, pese embora a participação do primeiro país na Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental (CEDEOA).<sup>18</sup>

Em Cabo Verde – que também faz parte da CEDEOA – não foi criada, até hoje, uma lei ou uma autoridade da concorrência, sem prejuízo de se prever no regime jurídico das agências reguladoras nos sectores económico e financeiro – aprovado pela Lei n.º 20/VI/2003, de 21 de Abril – a eventual criação de uma entidade dessa natureza.<sup>19</sup>

Os casos de Angola e Moçambique merecem uma atenção especial, uma vez que esses países aprovaram, no passado, políticas e legislação da concorrência.<sup>20,21</sup>

16 A este propósito v. ANDERSON, Robert D.; MULLER, Anna Carolina. *Competition Policy and Poverty Reduction: A Holistic Approach* (February 20, 2013); LIANOS, Ioannis. *The Poverty of Competition Law – The Long Story*. CLES Research Paper, Series 2/2018, April 2018; FOX, Elanor. *Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path*. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, n. 13, p. 211 e segs., 2007; STIGLITZ, Joseph. *Towards a Broader View of Competition Policy*. In: BONAKELE, T.; FOX, E.; MCNUBE, L. (ed.). *Competition Policy for the New Era – Insights from the BRICS Countries*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 4 e segs.; HOVENKAMP, H. *Antitrust Policy and Inequality of Wealth*. Faculty Scholarship at Penn Law, n. 1769, oct. 2017.; GAL, Michel. *The Social Contract at the Basis of Competition Law*, August 6, 2017; e SCHAPIRO, C. *Antitrust in a Time of Populism*. *International Journal of Industrial Organization*, n. 61, p. 714-748, 2018.

17 Todos estes aspectos têm impacto no que a UNCTAD designa por desenho apropriado da política e legislação de concorrência e o respectivo enquadramento institucional em países em desenvolvimento e economias em transição que, de forma telegráfica, deve ponderar (a) a independência das ANC; (b) o escrutínio judicial das decisões das ANC; (c) a afectação de recursos financeiros e humanos adequados às ANC; (d) políticas de advocacy adequadas; (e) articulação entre as ANC e os reguladores setoriais; (f) adequação entre os programas de privatização, de concessões e a política de concorrência; (g) adequação entre a política de concorrência e o interesse público; (h) ponderação da economia informal; (i) consideração dos blocos económicos regionais em que se inserem.

Assim, v. UNCTAD. *The role of competition policy in promoting economic development: The appropriate design and effectiveness of competition law and policy*, 2010, TD/RBP/CONF.7/3.

18 A CEDEOA (ECOWAS) dispõe, desde 2019, de uma Autoridade Regional da Concorrência (*Regional Competition Authority*). Sobre esta entidade, cf. <https://www.ecowas.int/ecowas-launches-regional-competition-authority/>.

19 O artigo 15.º dessa lei prevê que as agências reguladoras se articulam de modo especial com autoridades nacionais encarregadas da defesa da concorrência.

A Constituição de Cabo Verde prevê ainda, no artigo 90.º, n.º 1, alínea “b” (Princípios gerais da organização económica), que o Estado garante as condições de realização da democracia económica, assegurando, designadamente a igualdade de condições de estabelecimento, actividade e concorrência dos agentes económicos.

Sobre os esforços desenvolvidos por Cabo Verde para a criação de uma política e legislação de concorrência, v. MONTEIRO, Aristides. *A situação em Cabo Verde*. In: IV Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência, 2015.

20 Em Angola, o Plano de Desenvolvimento Nacional 2018-2022 determinou a institucionalização da Defesa da Concorrência. Mais recentemente a Lei da Concorrência foi aprovada pela Lei 5/18, de 10 de maio.

21 Moçambique aprovou, em 2007, uma política nacional de concorrência (aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2007, de 12 de novembro) que previa a necessidade de ser estabelecida uma lei da concorrência e uma autoridade reguladora da concorrência. O texto tem seis páginas e encontra-se disponível em: <http://www.acismoz.com/wp-content/uploads/2017/06/000033.pdf>.

A Lei da Concorrência de Moçambique foi aprovada pela Lei n.º 10/2013, de 11 de abril. De harmonia com o preâmbulo, a lei enquadra-se no âmbito da Política de Concorrência aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2007. Mais tarde foi aprovado o Regulamento da Lei da Concorrência pelo Decreto n.º 97/2014, de 31 de janeiro.



As duas leis da concorrência – de Angola e de Moçambique – são, em larga medida, semelhantes e inspiradas na legislação vigente noutros ordenamentos jurídicos, nomeadamente o português.<sup>22</sup>

Há, ainda assim, subtis diferenças.

No caso da legislação de Moçambique, o valor máximo das coimas aplicáveis a práticas anticoncorrenciais pode ir até ao máximo de 5% do volume de negócios das empresas envolvidas,<sup>23</sup> e não de 10%, como tipicamente ocorre na maior parte dos Estados em nível mundial. Há ainda a admissibilidade de práticas anticoncorrenciais, incluindo abusos de posição dominante, se justificadas por, entre outras hipóteses, contribuírem para “a consolidação do empresariado nacional”.<sup>24</sup>

Essa admissibilidade corresponde a uma típica cláusula de *interesse nacional* ou de *interesse público*, frequentemente prevista em legislação da concorrência em países em vias de desenvolvimento, que permite, num caso concreto, proceder à ponderação entre a necessidade de salvaguarda da concorrência ou, diversamente, à protecção de um específico interesse público.

Compreendendo-se a inscrição de cláusulas dessa natureza na lei – que visam salvaguardar a especificidade de economias mais frágeis –, certo é que, frequentemente, as Autoridades Nacionais da Concorrência (ANC) não estão preparadas para fazer essa ponderação de forma adequada – atendendo até a *ratio* subjacente à existência de ANC –, favorecendo a tentação, por parte do poder político, de pressionar as ANC na ponderação que devem realizar (tipicamente no sentido de, em casos concretos, aplicar cláusulas de interesse público em detrimento da defesa da concorrência).<sup>25</sup>

Certo é que a definição de uma política de concorrência e de legislação adequada representou um passo significativo para a disseminação da concorrência e das vantagens que lhe são inerentes, em Angola e Moçambique. Nesses dois países a aplicação das leis seria fiscalizada por Autoridades Reguladoras da Concorrência (ARCs).<sup>26</sup>

Porém, a ARC de Moçambique acabou por nunca surgir, apesar de prevista na legislação, ao contrário da homóloga, em Angola, que está em funcionamento desde a aprovação do estatuto orgânico, pelo Decreto Presidencial n.º 313/18, de 21 de dezembro, e da subsequente nomeação, em 30 de janeiro de 2019, dos membros do Conselho de Administração. Pode, por isso, afirmar-se que, em Moçambique, o ciclo apenas ficará completo com a criação da ARC.

22 Exemplificativamente, ambas as leis punem práticas colectivas anticoncorrenciais e práticas individuais incluindo o abuso de posição dominante e o abuso de dependência económica e, em ambos os casos, prevê-se um regime de controlo prévio de concentrações cujos critérios de notificabilidade são idênticos aos previstos na Lei da Concorrência em Portugal. Cf. artigos 17.º, n.º 1 (Angola) e 24.º, n.º 1 (Moçambique) (quota de mercado / volume de negócios ou facturação anual). Note-se que a densificação desses critérios é remetida, em Angola e em Moçambique, para legislação. No caso de Angola trata-se do Regulamento da Lei da Concorrência aprovado pelo Decreto Presidencial n.º 240/18, de 12 de outubro.

23 Cf. artigo 29.º, n.º 1 (Moçambique).

24 Cf. artigo 21.º, n.º 1, alínea i) (Moçambique).

25 A este propósito, v. a Lei-modelo da UNCTAD, p. 15, disponível em <https://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/The-Model-Law-on-Competition.aspx>: “where the focus of the law is on considerations of “national interest”, restrictions are examined primarily in the context of whether they have or are likely to have, on balance, adverse effects on overall economic development. This concept, albeit with varying nuances and emphasis, has found expression in existing restrictive business practices legislation in both developed and developing countries. (...) In the United States the jurisprudence takes a hard line against inclusion of non-competition issues as part of an antitrust analysis. For example, the United States Supreme Court stated that the purpose of antitrust analysis “is to form a judgment about the competitive significance of the restraint; it is not to decide whether a policy favoring competition is in the public interest, or in the interest of the members of an industry”.

V., ainda, a nota de rodapé 28 desta lei: “It should be noted that a competition authority, particularly if it is an independent administrative body, will not have the political mandate to determine how certain restrictions would affect the “national interest”, or influence a country’s overall economic development”. Because of this, authorizations should be based, in principle, on competition concerns. As an alternative, Governments might consider the possibility that their national authorities could assist the Government in the preparation, amending or reviewing of legislation that might affect competition, such as mentioned in article 8 (1) (f) of the Model Law, and give its advisory opinion on any proposed measure that might have an impact on competition.”

Sobre a articulação entre o interesse público e a defesa da concorrência em países em vias de desenvolvimento, v. LEWIS, David. Competition and poverty reduction. In: OCDE. Global Forum on Competition, Competition and poverty reduction, DAF/COMP/GF, 12, 2013. p. 360-364.

26 Cfr. artigo 4.º a 6.º da Lei 5/18, de 10 de maio (Angola) e artigo 5.º a 14.º da Lei n.º 10/2013, de 11 de abril (Moçambique).

A definição de prioridades de uma ANC em países em vias de desenvolvimento – à semelhança do previsto no artigo 6º da Lei da Concorrência de Angola e no artigo 14º da Lei da Concorrência de Moçambique – terá de considerar a realidade doméstica acolhendo, naturalmente, o objectivo de redução da pobreza e das desigualdades.

A concretização de políticas de concorrência não pode naturalmente ser realizada sem o firme apoio do poder político<sup>27</sup> e dos reguladores setoriais. Assim sendo, o poder político não deve permitir que a criação de ANC fique no papel, como, aparentemente, sucedeu em Moçambique.

Na verdade, as ANCs não servem apenas para assegurar o respeito pelo Direito da Concorrência (enforcement). Procuram, também, incentivar a formulação de políticas públicas de concorrência adequadas (advocacy) que possibilitem, entre outros aspectos, o desmantelamento de monopólios e a liberalização da economia, constituindo, por isso, um elo essencial para a afirmação de políticas de concorrência.

Sabe-se que um dos problemas essenciais que uma ANC jovem enfrenta, nos países em vias de desenvolvimento, diz respeito à obtenção de recursos financeiros adequados e recursos humanos qualificados.<sup>28</sup>

No primeiro caso – obtenção de recursos financeiros adequados –, será necessário dotar as ANCs de autonomia orçamental, permitindo-lhes elaborar e aprovar os respectivos orçamentos anuais. Aqui, são conhecidas as dificuldades que se colocam à obtenção de receitas pelas ANCs, pois, ao contrário de entidades reguladoras setoriais, não podem basear o modelo de financiamento na cobrança de taxas a entes regulados. Deve, por isso, ser equacionada a criação de um sistema legalmente estruturado, suportado por contribuições por parte de outras entidades reguladoras e/ou por transferências do orçamento do Estado.<sup>29</sup>

No segundo caso – recursos humanos qualificados –, são também conhecidas as dificuldades que se suscitam no recrutamento de pessoal especializado em países em vias de desenvolvimento.<sup>30</sup> A atenuação desse obstáculo passa pela criação, dentro das ANCs, de sistemas de retribuição e de planos de carreira atrativos que garantam estabilidade profissional aos que pretendam ingressar nessas entidades, gerando, por essa via, um sentimento de pertença e integração; incentivando a especialização e diluindo a possibilidade de emergência de problemas típicos de portas giratórias (revolving doors) entre reguladores e regulados.

Pretende-se, finalmente, que as ANCs atuem sem receio e de forma decidida e justa (fearless; firm and fair).

Paralelamente, o poder judicial deve ser associado ao esforço de disseminação de uma política de concorrência. Isso pressupõe, a montante, a necessidade de dar formação em Direito da Concorrência a magistrados e, a jusante, garantir uma jurisprudência sólida e constante. Essa última circunstância pode exigir a criação de tribunais especializados.<sup>31</sup>

27 V. KOVACIC, William. Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The case of competition policy and antitrust enforcement. *Chicago-Kent Law Review*, v. 77, n. 265, p. 265-315, 2001. p. 265.

28 Assim v. GHOSAL, Vivek, Resource Constraints and Competition Law Enforcement: Theoretical Considerations and Observations from Selected Cross-Country Data. In: SOKOL, D. Daniel; CHENG, Thomas C.; LIANOS, Ioannis (ed.). *Competition Law and Development*. Stanford CA: Stanford University Press, 2013. p. 90-114.

29 Cf., nas leis da concorrência, artigo 4.º, n.º 4 (Angola) e artigo 10.º (Moçambique).

30 Referindo-se a um processo gradual e flexível de implementação de uma política e autoridades de concorrência em países em vias de desenvolvimento, v. WINTERS, L. Alan, OCDE, Global Forum on Competition, Competition and poverty reduction, DAF/COMP/GF(2013)12, p. 387: “Desirable though competition policies are, the process of creating them must be adapted to the developing countries’ priorities, being both flexible and gradual. The development of competition policy takes time and is only one of many steps in the process of development. Attempting to implement overly sophisticated institutions in developing countries would very probably be costly and ineffective because of the countries’ inability to staff and manage them effectively. Enforcing competition requires rare technical and political skills, and poor competition authorities can be part of the problem not part of the solution. In addition, policy-makers need to ask whether competition authorities represent an appropriate use of available labour in economies with skills shortages.”

31 Assim, v. os exemplos da Dinamarca; Singapura, África do Sul, Reino Unido e Portugal.

O contributo do poder judicial para assegurar a efectividade de uma política de concorrência é essencial para garantir o êxito de uma política de concorrência e a eficácia do Direito da Concorrência, simbolizando a garantia de funcionamento de um Estado de Direito (rule of law).

Por fim, o envolvimento da sociedade civil, através da percepção dos benefícios que a concorrência pode trazer ao funcionamento da economia, é igualmente essencial para o sucesso da implantação de políticas de concorrência e, por consequência, para a tarefa prosseguida pelas ANCs. A existência de concorrência, por meio de mercados abertos, permitirá que mais empresas possam fornecer bens e serviços e, reciprocamente, que todos possam se beneficiar, enquanto consumidores, de melhores produtos e serviços. Devem ser associadas à realização dessa política, em particular, as pequenas e médias empresas – que têm um enorme peso nas economias de Angola e Moçambique<sup>32</sup> –, explicando-lhes antecipadamente as oportunidades de que podem se beneficiar na eliminação de barreiras à entrada nos mercados e no consequente aumento da concorrência.<sup>33</sup>

Tudo isso possibilitará, a final, disseminar e garantir o sucesso de uma política nacional de defesa da concorrência.

### 3 MECANISMOS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PARA A REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS DE CONCORRÊNCIA NOS PALOP

A emergência de políticas de concorrência em países em vias de desenvolvimento pressupõe, necessariamente, que seja percorrida uma curva de aprendizagem que pode ser acelerada através da cooperação das ANCs com entidades congêneres e organizações internacionais.<sup>34</sup>

A cooperação, que pode ser organizada de forma voluntária ou ser construída no contexto do labor quotidiano de qualquer ANC, permitirá dotá-las de maior capacidade para garantirem a eficácia da política e do Direito da Concorrência.

A criação de laços com entidades homólogas ocorre em nível regional – no âmbito de blocos económicos regionais em que o Estado se insere –, mas também no contexto global, nomeadamente em consequência o que vulgarmente se designa como a extraterritorialidade do Direito da Concorrência.<sup>35</sup>

Essa última dimensão surge, por exemplo, como resposta à necessidade de compreender a dinâmica de uma fusão transnacional no contexto da apreciação de uma operação de concentração de empresas ou, de forma diversa, como resposta à necessidade de investigação a um cartel transnacional.<sup>36</sup>

32 Assim, v. UNCTAD, *Competition issues in the economy of Mozambique*, 2013, p. 42.

33 Referindo-se à necessidade de construir uma “coligação” entre consumidores e pequenas e médias empresas para apoiar a política de concorrência, v. LEWIS, *Competition and poverty reduction* op. cit., p. 387.

34 V. MOTTA, Eduardo Perez; FERNANDEZ, Mateo Diego. *International Cooperation between Competition Agencies*. In: PEÑA; CALLIARI, *Competition Law in Latin America*, op. cit., p. 67-74.

35 A este propósito, Gal destaca os recursos limitados que pequenas economias tem para combater práticas anti-concorrenciais transfronteiriças que afetem negativamente sua jurisdição que leva à seguinte conclusão: “Extraterritoriality is an efficient tool for large jurisdictions that possess sufficient power over foreign firm to command obedience. Small ones often lack the requisite power to discipline foreign entities that harm them. It is thus not surprising that most do not have developed doctrines of extraterritoriality and of comity. Rather, small jurisdictions often act as “free riders” on the prohibitive efforts of other jurisdictions in the international arena.” Cf. GAL, Michel. *Extraterritorial Application of Antitrust – The Case of a Small Economy*. In GUZMAN, Andrew (ed.). *Cooperation, Comity, and Competition Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

V. ainda WAISBERG, Ivo. *International Antitrust Approaches and Developing Countries* (July 22, 2019); e KIGWIRU, Velloh Kedogo. *Cross-Border Competition Enforcement in Africa: Developments, Opportunities, Challenges and the Way Forward* (2017).

36 A este propósito v. o seguinte trecho do documento da ICN: “Economic globalisation has resulted in an increasing number of investigations and reviews of mergers, cartels and unilateral conduct that transcend jurisdictional boundaries. Agencies need to cooperate with each other on cross-border cases in order to reduce the risk of: (i) sub-optimal enforcement if an agency only has a partial picture of the situation; and (ii) inconsistent outcomes if different jurisdictions reach different conclusions about the same practice.” Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/Factsheet2009.pdf>

Sobre aspectos práticos desta cooperação entre países africanos, v. UNCTAD. *International Cooperation of Competition Authorities in the Fight Against Cross-Border Anti-Competitive Practices and Mergers – The Case of Kenya*, 2019.

V. ainda ANDERSON, Robert D.; MULLER, Anna Carolina. *Competition Policy and Poverty Reduction: A Holistic Approach* (February 20, 2013). p. 22-24.

Existem múltiplos instrumentos de cooperação internacional, criados e estimulados por organismos internacionais e por organizações não governamentais.

Com relevância para os PALOP, assinalam-se as seguintes entidades que disponibilizam instrumentos de cooperação:

- a) United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD);
- b) Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE);
- c) Organização Mundial do Comércio (OMC);
- d) International Competition Network (ICN);
- e) Consumer Unity & Trust Society (CUTS);
- f) Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia;
- g) Agência para o Desenvolvimento da União Africana (Auda-NEPAD);
- h) Africa Competition Forum (ACF);
- i) Comunidade da África Meridional para o Desenvolvimento (SADC)/The Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA)/ Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO);
- j) Rede Lusófona da Concorrência;
- k) Autoridade da Concorrência de Portugal;

Analisemos algumas dessas entidades, pela ordem descrita.

A UNCTAD<sup>37</sup> propõe uma lei-modelo em Direito da Concorrência que apresenta diversas alternativas susceptíveis de serem utilizadas pelas jurisdições que as queiram acolher atendendo, nomeadamente, aos diferentes graus de maturidade das economias.<sup>38</sup> A UNCTAD presta assistência técnica, aconselhamento e formação a países em vias de desenvolvimento,<sup>39</sup> destacando-se atualmente a assistência prestada em virtude dos novos desafios concorrenciais suscitados pela economia digital. Outra área de intervenção da UNCTAD, com impacto nos países em vias de desenvolvimento, aparece no contexto do processo de revisões voluntárias (peer-review) de leis e políticas de concorrência nacionais que realiza desde 2005.<sup>40</sup> Em cada processo, visa-se melhorar as leis e políticas de concorrência locais, promovendo a competitividade em conformidade com as específicas necessidades dos países apreciados.<sup>41</sup>

37 A UNCTAD (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento) foi criada em 1964, em Genebra, Suíça, no âmbito das negociações do GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio), sendo um órgão da Assembleia Geral das Nações Unidas que procura promover a integração de países em desenvolvimento na economia mundial.

Em 1980, a Conferência das Nações Unidas sobre Práticas Comerciais Restritivas aprovou o Conjunto de Princípios e Regras Equitativos Acordados Multilateralmente para o Controle de Práticas Comerciais Restritivas ("UN Set on Competition Policy"), um acordo multilateral que fornece um conjunto de regras equitativas, relativas ao controle de práticas anticoncorrenciais, reconhece a dimensão de desenvolvimento das leis e políticas da concorrência e fornece uma estrutura para a operação internacional e o intercâmbio de melhores práticas. O acordo encontra-se disponível em <https://ec.europa.eu/competition/international/legislation/unctad.pdf>.

38 A lei-modelo é composta por duas partes: a parte I, com elementos que devem constar de uma lei da concorrência, e a parte II, contendo comentários e alternativas possíveis para a aplicação da lei nos Estados. A lei encontra-se disponível em: <https://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/The-Model-Law-on-Competition.aspx>.

39 V. a estratégia definida pela UNCTAD a este propósito: "Strengthening of institutional capacities in competition laws and policies, the formulation and enforcement of competition rules, and the fostering of national and regional competition policies in Africa, Asia and the Pacific, the Balkans, Latin America and the Caribbean, and the Middle East and North Africa. The strategy focuses on the following aspects and issues: a) Technical assistance for consumer protection policy and regulation; b) An enabling environment for the private sector; d) Expanded regional focus; e) Follow-up and impact assessment of activities." Disponível em: [https://unctad.org/meetings/en/Presentation/ciclp18\\_PPTs\\_Cap\\_Build\\_Unctad.pdf](https://unctad.org/meetings/en/Presentation/ciclp18_PPTs_Cap_Build_Unctad.pdf).

40 Sobre o processo de revisões voluntárias (peer-review) realizado pela UNCTAD, v. [https://unctad.org/en/PublicationChapters/tc2015d1rev1\\_S03\\_P02.pdf](https://unctad.org/en/PublicationChapters/tc2015d1rev1_S03_P02.pdf).

41 V. de forma exemplificativa, o processo de peer-review realizado no Botswana, em 2018, disponível em: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccp2018d1\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccp2018d1_en.pdf).

A OCDE, pelo Comité da Concorrência (Competition Committee), cumpre uma função essencial na promoção da concorrência em nível mundial. Atente-se, em particular, o papel desempenhado na assistência técnica a economias emergentes.<sup>42</sup>

Assinale-se ainda, em nível global, a função relevante prosseguida pela rede ICN (International Competition Network), que procura complementar o trabalho prosseguido por organizações internacionais como a OCDE ou a UNCTAD na promoção da concorrência em países em vias de desenvolvimento. Com interesse para os PALOP, são também de registar os documentos sobre a criação de ANC em países em vias de desenvolvimento e em economias de transição, de 2003<sup>43</sup>, e a formação sobre concorrência em países em vias de desenvolvimento, em que são analisados problemas específicos de ANC.<sup>44</sup>

A OMC procurou, no passado, estudar a interação entre o comércio e a concorrência tendo, para o efeito, criado um grupo de trabalho – Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy (WGTCP) –, que, porém, acabou por ser dissolvido, em 2004, em consequência do fracasso da Ronda de Doha. O grupo de trabalho deixou muitos trabalhos e documentos sobre política de concorrência em países em vias de desenvolvimento que são, ainda, bastante atuais. A OMC disponibiliza, nos nossos dias, assistência técnica no domínio do comércio internacional e concorrência.<sup>45</sup>

Por outro lado, organizações não governamentais como a CUTS International (Competition, Investment & Economic Regulation – CCIER) têm desenvolvido importantes projectos de cooperação com diversas ANCs, que devem ser conhecidos e aproveitados pelos PALOP.<sup>46</sup>

Na União Europeia, a Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia procura promover a cooperação com países em vias de desenvolvimento, estando disponível informação pública sobre acordos bilaterais celebrados e em vigor em dezenas de países.<sup>47</sup>

Em África, destaca-se o papel da Agência para o Desenvolvimento da União Africana (AUDA-NEPAD) e do Fórum da Concorrência em África (African Competition Forum – ACF) na promoção da concorrência nesse continente. Esse fórum, constituído em 2010, sob a influência da África do Sul, e composto por 35 ANCs, visa incentivar a adoção, pelos Estados africanos, de leis de concorrência, apoiando-os nessa tarefa e criando mecanismos de cooperação quer no nível da partilha de conhecimento quer na cooperação em casos concretos, nomeadamente em sede de controlo prévio de concentrações transfronteiriças.<sup>48</sup>

Em nível regional, registe-se ainda a integração de Moçambique na Comunidade de Desenvolvimento da África Austral (SADC).<sup>49</sup> No âmbito dessa organização, Moçambique assinou a Declaração da SADC

42 A OCDE disponibiliza ainda uma base de dados contendo os acordos de cooperação (MoU) entre ANC's e uma lista de acordos de cooperação em diferentes domínios no direito da concorrência.

Contendo inúmeras informações, v. <https://www.oecd.org/competition/internationalco-operationandcompetition.htm>.

43 Cf. ICN. Building credible competition authorities in developing and transition economies, Mérida, Mexico, 2003.

44 Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/training/developing-countries-and-competition/>.

45 A informação pode ser consultada em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/comp\\_e/ta\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/ta_e.htm).

A este propósito v. WARDHAUGH, Bruce. Buying Competition: Developing Competition Regimes Through a WTO-Compliant Generalised System of Preferences. *Manchester Journal of International Economic Law*, v. 13, n. 1, p. 22-49, January 10, 2016.

46 Os trabalhos realizados podem ser acedidos em <https://cuts-ccier.org/competition-policy-law/>.

Assinale-se, em particular, a relevante obra colectiva promovida pela CUTS sobre concorrência e desenvolvimento económico Pursuing Competition and Regulatory Reforms for Achieving Sustainable Development Goals, Jaipur, 2016. Disponível em: [https://cuts-ccier.org/pdf/Pursuing\\_Competition\\_and\\_Regulatory\\_Reforms\\_for\\_achieving\\_SDGs.pdf](https://cuts-ccier.org/pdf/Pursuing_Competition_and_Regulatory_Reforms_for_achieving_SDGs.pdf)

47 A informação encontra-se disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/>.

48 As informações sobre o ACF podem ser consultadas em: <http://www.compcom.co.za/african-competition-forum/>.

49 São conhecidos os efeitos positivos que a integração em blocos económicos regionais pode trazer para o desenvolvimento de políticas de concorrência nos Estados participantes. Assim, v. FOX, Eleanor M. Competition, Development and Regional Integration. In: *Search of a Competition Law Fit for Developing Countries*, NYU Center for Law, Economics and Organization, Law & economics Research Paper, working paper nº 11-04, October 2012; e GAL, Michel. *Regional Competition Law Agreements: An Important Step for Antitrust Enforcement*, 60 U. Toronto L.J. 239, 2010.

A maioria dos países da SADC adotou políticas e leis da concorrência a nível nacional e criou autoridades da concorrência. Estão em causa os seguintes países: Botsuana (2009), Madagáscar (2005) Malawi (1995), Maurício (2007), Namíbia (2003), Seychelles (2010), África do Sul (1979), Suazilândia (2007), Tanzânia (2007), Zâmbia (1994) e Zimbábue (1996).

Sobre a política de concorrência da SADC v. CHAPEYAMA, Salome. *Developing a regional competition regulatory framework in the Southern*



sobre Cooperação Regional e Política de Concorrência e Defesa dos Consumidores, sendo membro do Comitê de Direito e Política de Concorrência e Consumidores (CCOPOLC) criado para incrementar o sistema de cooperação sob essa declaração.<sup>50</sup> No entanto, a aparente paralisia da SADC tem impedido o aprofundamento da cooperação entre Estados-membros.

Há outros países de língua oficial portuguesa que podem se beneficiar da integração em blocos económicos regionais para melhorar a política nacional de concorrência. Temos presente o caso de Angola, por meio da The Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA), em particular o trabalho desenvolvido pela Comesa Competition Commission,<sup>51</sup> ou a Guiné-Bissau e Cabo Verde, pela Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO).<sup>52</sup>

Anote-se igualmente a criação, em 2004, da Rede Lusófona da Concorrência, no âmbito da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), que tem como membros as entidades responsáveis pelas questões de concorrência dos países de língua portuguesa. Essa rede tem por finalidade promover a cooperação técnica entre os seus membros, com vista à criação e consolidação dos fundamentos de sistemas de concorrência nos moldes das boas práticas internacionais.<sup>53</sup>

Também a Autoridade da Concorrência de Portugal (AdC) tem promovido a cooperação com os PALOP – tarefa que é, aliás, considerada uma prioridade na actividade internacional da AdC – tendo, entre outras actividades, celebrado, em 2012, um protocolo de cooperação técnica com a Direção Nacional de Comércio de Moçambique.<sup>54</sup>

## 4 CONCLUSÃO

A política de concorrência constitui um dos quatro pilares da política económica de um governo. No caso dos países em vias de desenvolvimento, deve, entre outros, ter em consideração objetivos específicos relacionados, em particular, com a redução da pobreza e das desigualdades.

Se, até um passado recente, era visível um atraso, por parte dos PALOP, no desenvolvimento de políticas de concorrência, os exemplos de Moçambique e, sobretudo, de Angola dão a entender que aquele atraso poderá ser ultrapassado se for compreendida a importância que a concorrência tem para o desenvolvimento económico.

Para o efeito, os PALOP dispõem, atualmente, de um número considerável de instrumentos de cooperação que permitem potenciar o desenvolvimento de políticas e legislação de concorrência adequadas à realidade doméstica. É desejável que tal aconteça em ordem a contribuir para a afirmação de políticas de good governance, cartão de visita de qualquer Estado, determinantes para atrair investimento internacional.

Não há, no mundo atual, alternativas para países que se queiram desenvolver.

Assim haja vontade política.

---

*African Development Community (SADC)*, University of West Cape, 2015.

50 A este propósito, v. UNCTAD. *Competition issues in the economy of Mozambique*, 2012, p. 49.

51 Cfr. a informação apresentada em: <https://www.comesacompetition.org/>.

52 Sobre os processos de integração regional em África, v. HERDEGEN, Matthias. *Principles of International Economic Law*. Oxford, 2013. p. 293 e segs.

Registe-se ainda a existência de um outro bloco económico regional – a *East Africa Community Competition Authority (EACCA)* – da qual não faz parte nenhum país PALOP. Sobre esta organização, cf. <https://www.eac.int/>.

53 A criação da Rede foi acompanhada da aprovação da Declaração do Rio de Janeiro que procura incentivar os Estados a criarem quadros de política económica amigáveis da concorrência e a introduzirem leis da concorrência. A Declaração encontra-se acessível em [http://www.concorrencia.pt/SiteCollectionDocuments/AdC/declaracao\\_rio.pdf](http://www.concorrencia.pt/SiteCollectionDocuments/AdC/declaracao_rio.pdf).

54 O protocolo encontra-se disponível em [http://www.concorrencia.pt/vPT/Sistemas\\_da\\_Concorrencia/Sistema\\_Internacional\\_da\\_Concorrencia/Cooperacao\\_Institucional\\_Bilateral/Protocolos-de-Cooperacao-Tecnica/Documents/ProtocoloCooperacao-Mocambique.pdf](http://www.concorrencia.pt/vPT/Sistemas_da_Concorrencia/Sistema_Internacional_da_Concorrencia/Cooperacao_Institucional_Bilateral/Protocolos-de-Cooperacao-Tecnica/Documents/ProtocoloCooperacao-Mocambique.pdf). Sobre o papel da Autoridade da Concorrência na cooperação com PALOP's e a Rede Lusófona de Concorrência v. GOMES, António Ferreira. Discursos de abertura e de encerramento. *Revista de Concorrência & Regulação*, ano VI, n. 23-24, p. 22-23, jul.-dez. 2015.



## REFERÊNCIAS

ANDERSON, Robert D.; MULLER, Anna Carolina. Competition Policy and Poverty Reduction: A Holistic Approach (February 20, 2013). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2223977>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRADFORD, Anu et al. Competition Law Gone Global: Introducing the Comparative Competition Law and Enforcement Datasets. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 16, p. 411, 2019 (2018). Disponível em: [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/2514](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2514). Acesso em: 10 mar. 2021.

CHAPEYAMA, Salome, Developing a regional competition regulatory framework in the Southern African Development Community (SADC), University of West Cape, 2015. Disponível em: <http://etd.uwc.ac.za/xmlui/handle/11394/4765>. Acesso em: 22 fev. 2021.

FOX, Eleanor M. Competition, Development and Regional Integration. In: Search of a Competition Law Fit for Developing Countries, NYU Center for Law, Economics and Organization, Law & economics Research Paper, working paper nº 11-04, October 2012.

FOX, Elanor. Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, n. 13, p. 211 e segs, 2007.

FOX, Eleanor. Imagine: pro-poor(er) competition law. In: OCDE. Global Forum on Competition, Competition and poverty reduction, DAF/COMP/GF(2013)12, 4 out. 2013. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-poverty-reduction2013.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

GAL, Michel. The Social Contract at the Basis of Competition Law, August 6, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3014354>. Acesso em: 20 mar. 2021.

GAL, Michel. Extra-territorial Application of Antitrust – The Case of a Small Economy. In GUZMAN, Andrew (ed.). Cooperation, Comity, and Competition Policy. Oxford: Oxford University Press, 2009.

GAL, Michel. Regional Competition Law Agreements: An Important Step for Antitrust Enforcement, 60 *U. Toronto L.J.*, 2010. p. 239.

GHOSAL, Vivek, Resource Constraints and Competition Law Enforcement: Theoretical Considerations and Observations from Selected Cross-Country Data. In: SOKOL, D. Daniel; CHENG, Thomas C.; LIANOS, Ioannis (ed.). *Competition Law and Development*. Stanford CA: Stanford University Press, 2013. p. 90-114.

GOMES, António Ferreira. Discursos de abertura e de encerramento. *Revista de Concorrência & Regulação*, ano VI, n. 23-24, p. 22-23, jul.-dez. 2015.

HERDEGEN, Matthias. *Principles of International Economic Law*. Oxford, 2013.

HOVENKAMP, H. Antitrust Policy and Inequality of Wealth.. *Faculty Scholarship at Penn Law*, n. 1769, oct. 2017. Disponível em: [http://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/1769](http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1769). Acesso em: 20 mar. 2021.

KIGWIRU, Vellah Kedogo, Cross-Border Competition Enforcement in Africa: Developments, Opportunities, Challenges and the Way Forward (2017). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3534982>. Acesso em: 20 mar. 2021.

KOVACIC, William. Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The case of competition policy and antitrust enforcement. *Chicago-Kent Law Review*, v. 77, n. 265, p. 265-315, 2001. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1955989>. Acesso em: 20 mar. 2021.



LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie Y. Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications For Competition Policy. *Antitrust Law Journal*, n. 71, p. 801, 2003.

LEWIS, David. Competition and poverty reduction. In: OCDE. Global Forum on Competition, Competition and poverty reduction, DAF/COMP/GF, 12, 2013. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-poverty-reduction2013.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

LIANOS, Ioannis. The Poverty of Competition Law – The Long Story. CLES Research Paper, Series 2/2018, April 2018.

MONTEIRO, Aristides. A situação em Cabo Verde. In: IV Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência, 2015. disponível em [http://www.concorrencia.pt/lisbonconference2015/assets/PAINEL%205\\_23.10\\_11h00-12h30/Am%C3%ADcar%20Aristides%20Monteiro.pdf](http://www.concorrencia.pt/lisbonconference2015/assets/PAINEL%205_23.10_11h00-12h30/Am%C3%ADcar%20Aristides%20Monteiro.pdf). Acesso em: 20 mar. 2021.

PEÑA, Julián; CALLIARI, Marcelo (ed.). *Competition Law in Latin America - A Practical Guide*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

RODRIGUES, Nuno Cunha. A adjudicação de concessões na nova lei da concorrência. *Revista de Contratos Públicos*, n. 5, p. 47-68, 2012.

SAMA, Danilo. The Effectiveness of Competition Policy: An Economic Assessment in Developed and Developing Countries. Working Paper, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2425335>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SCHAPIRO, C. Antitrust in a Time of Populism. *International Journal of Industrial Organization*, n. 61, p. 714-748, 2018. Disponível em: <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/antitrustpopulism.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SHAFFER, Gregory C.; NESBITT, Nathaniel H.; WALLER, Spencer Weber. Criminalizing Cartels: A Global Trend? (July 2, 2013). Chapter in *Research Handbook on Comparative Competition Law*, eds. John Duns, Arlen Duke, and Brendan Sweeney (Edgar Elgar, 2015), *Sedona Conference Journal*, v. 12, 2011, Minnesota Legal Studies Research Paper nº 11-26. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2288871>. Acesso em: 23 mar. 2021.

STIGLITZ, Joseph. Towards a Broader View of Competition Policy. In: BONAKELE, T.; FOX, E.; MCNUBE, L. (ed.). *Competition Policy for the New Era – Insights from the BRICS Countries*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 4 e segs.

WAISBERG, Ivo. International Antitrust Approaches and Developing Countries (July 22, 2019). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3424274>. Acesso em: 23 mar. 2021.

WAKED, Dina I. Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choices. *Seattle University Law Review*, n. 38, p. 945, 2015.

WARDHAUGH, Bruce. Buying Competition: Developing Competition Regimes Through a WTO-Compliant Generalised System of Preferences. *Manchester Journal of International Economic Law*, v. 13, n. 1, p. 22-49, January 10, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2713826>. Acesso em: 20 mar. 2021.

WINTERS, L. Alan; OCDE. Global Forum on Competition, Competition and poverty reduction, DAF/COMP/GF, 12, 2013. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-poverty-reduction2013.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2021.

## DOCUMENTOS CITADOS

ICN. Building credible competition authorities in developing and transition economies, Mérida, Mexico, 2003. Disponível em: [https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/CPI\\_CapacityBuilding2003.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/CPI_CapacityBuilding2003.pdf). Acesso em: 15 jan. 2021.

OCDE. Global Forum on Competition, Competition and poverty reduction, DAF/COMP/GF, 12, 2013. Acesso em: 15 jan. 2021.

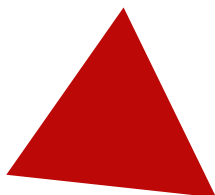
UNCTAD. Competition issues in the economy of Mozambique, 2013. Disponível em: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccpl2011d6\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccpl2011d6_en.pdf). Acesso em: 15 jan. 2021.

UNCTAD. The role of competition policy in promoting economic development: The appropriate design and effectiveness of competition law and policy, 2010, TD/RBP/CONF.7/3. Disponível em: [https://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7d3\\_en.pdf](https://unctad.org/en/Docs/tdrbpconf7d3_en.pdf). Acesso em: 20 mar. 2021.

UNCTAD. International Cooperation of Competition Authorities in the Fight Against Cross-Border Anti-Competitive Practices and Mergers – The Case of Kenya, 2019. Disponível em: [https://unctad.org/meetings/en/Contribution/ciclp18th\\_cont\\_Kenya%20Comp%20Auth1.pdf](https://unctad.org/meetings/en/Contribution/ciclp18th_cont_Kenya%20Comp%20Auth1.pdf). Acesso em: 15 jan. 2021.



# LA INTEGRACIÓN DE LA VARIABLE AMBIENTAL EN LAS POLÍTICAS DE RECUPERACIÓN POST-PANDEMIA\*



**Tania García López**

Doctora en Derecho Ambiental. Investigadora,  
Universidad Veracruzana, SNI 2.

**Sumário:** 1 Introducción; 2 Origen y desarrollo del principio de integración de la variable ambiental; 3 La integración de la variable ambiental en las políticas de recuperación; 4 Conclusiones; Bibliografía.

**Resumen:** En marzo de 2020, en medio de la crisis mundial por COVID-19, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), emitió un documento exhortando a sus países miembros a integrar lo ambiental en las políticas de recuperación post- pandemia (OCDE, 2020). En esta misma línea han surgido otras iniciativas, como la Alianza Económica para una recuperación verde (ELCACHO, 2020). Ambas ponen de plena actualidad uno de los grandes principios del derecho y las políticas públicas ambientales, a saber: el principio de la integración de la variable ambiental en las políticas sectoriales, el cual será objeto de estudio en este trabajo. Ahondamos en este trabajo sobre el origen y evolución de este principio, especialmente en la Unión Europea y reflexionamos sobre la necesidad de integrarlos en las políticas de recuperación tras el Covid-19.

**Abstract:** In March 2020, in the midst of the global crisis due to COVID-19, the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) issued a document urging its member countries to integrate the environment into post-pandemic recovery policies (OECD, 2020). Along the same lines, other initiatives have emerged, such as the Economic Alliance for a Green Recovery (ELCACHO, 2020). Both make one of the great principles of environmental law and public policies fully current: the integration of the environmental variable in sectoral policies principle, which will be the object of study in this paper. We delve into this work on the origin and evolution of this principle, especially in the European Union and reflect on the need to integrate them into recovery policies after Covid-19.

**Palabras clave:** Derecho ambiental; Integración de la variable ambiental; principios

**Keywords:** Environmental law; Environmental principles.

## 1 INTRODUCCIÓN

En marzo de 2020, en medio de la crisis mundial por COVID-19, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), emitió un documento exhortando a sus países miembros a integrar lo ambiental en las políticas de recuperación post- pandemia (OCDE, 2020).

El objetivo fundamental de esta comunicación se centra en intentar evitar que los esfuerzos actuales para contener la pandemia y los esfuerzos futuros para la recuperación económica y social, tras ésta, afecten negativamente al medio ambiente.

El documento enfatiza que problemas como:

\* Artículo inédito, presentado no I Seminário Internacional Integración de lo Ambiental en las Políticas de Recuperación tras el Covid-19. <http://gestionypoliticaspUBLICASambientales.com>.



- cambio climático;
- deforestación;
- contaminación del agua y
- tráfico ilícito de vida silvestre.

no sólo son problemas ambientales, sino que pueden aumentar drásticamente los riesgos de futuras pandemias, entre otros motivos porque reducen enormemente la resiliencia de las sociedades.

Desde luego que los esfuerzos de recuperación económica y social son esenciales, pero si éstos no incorporan la dimensión ambiental, pueden generar problemas graves a largo plazo, además de alejarnos del anhelado y perseguido desarrollo sostenible.

En esta misma línea han surgido otras iniciativas, como la Alianza Económica para una recuperación verde<sup>1</sup> (en la que participan: gobiernos, empresas, ONGs, etc.).

Ambas ponen de plena actualidad uno de los grandes principios del derecho y las políticas públicas ambientales, a saber: el principio de la integración de la variable ambiental en las políticas sectoriales, el cual será objeto de estudio en este trabajo.

## **2 ORIGEN Y DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN DE LA VARIABLE AMBIENTAL**

En la Unión Europea, con la finalidad de garantizar que el elemento ambiental fuese tomado en cuenta en la definición y ejecución de toda política pública,<sup>2</sup> se introdujo en el año 1997, dentro del Tratado de Ámsterdam, este principio.

Precisamente con base en lo anterior se adopta en el año 2001 la Directiva de evaluación estratégica ambiental,<sup>3</sup> de acuerdo con la cual es necesario evaluar el impacto ambiental no ya de posibles obras o actividades, situación ésta que se garantiza a la luz de las normas nacionales existentes sobre la evaluación del impacto ambiental, sino de cualquier plan o programa público, independientemente del sector concreto que atienda o al cual vaya dirigido.

Así, todos los planes y programas cuya elaboración o adopción corresponda a una autoridad nacional, regional o local, ya sea mediante un procedimiento administrativo o mediante un acto legislativo, deben ser objeto de evaluación desde la óptica de su incidencia ambiental.

En algunos países, especialmente de América Latina se lleva tiempo hablando de la necesidad de exigir la transversalidad de las políticas públicas en relación con la cuestión ambiental con la misma finalidad que la que persigue el principio de la integración de la variable ambiental en las políticas sectoriales, sin embargo, las consecuencias de ambos planteamientos son muy diferentes.

La diferencia sustancial entre ambos radica en el carácter vinculante o no de uno y otro.

No es lo mismo situar al principio de la integración de la variable ambiental en las políticas sectoriales como un verdadero principio, exigible por ende en el actuar de la Administración Pública, que considerar la transversalidad como algo deseable y, por lo tanto, no exigible.

En el caso de México, por ejemplo, encontramos la referencia a la necesidad de la transversalidad de las políticas públicas a la luz del elemento ambiental dentro de los planes y programas que rigen en materia ambiental, si bien no se encuentra presente, como sería lo suyo, en los programas de otros sectores.

1 ELCHACO, J. Nace una alianza social, política y económica para la recuperación 'verde'. La Vanguardia, 14 abr. 2020.

2 CONSEJO EUROPEO. Artículo 6 del Tratado CE, tras la adopción del Tratado de Ámsterdam de 1997.

3 PARLAMENTO EUROPEO. Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.





La contravención en uno y otro supuesto tiene, como hemos señalado, consecuencias muy diferentes, ya que la transversalidad es, más bien, un desiderátum, sin consecuencias jurídicas en caso de omisión, mientras que el principio de la integración de la variable ambiental en las políticas sectoriales es una regla jurídica, exigible, por lo tanto, a todos los destinatarios de esta.

El afirmar que la transversalidad de las políticas públicas es un objetivo por alcanzar es poco más que decir que el ambiente debería protegerse, mientras que, si además de ello, decimos que se trata de un principio jurídico, estamos diciendo que la legislación debe basarse en éste.

No estamos, entonces, solamente ante una regla de referencia, sino que la integración de la variable ambiental en las políticas sectoriales es un principio con un significado normativo autónomo.

En el caso de la Unión Europea, como ya hemos mencionado, el principio se encuentra contenido en el Tratado de Funcionamiento de ésta. En el asunto 321/95<sup>4</sup> referido a la legalidad de las decisiones tomadas por la Comisión siguiendo la Resolución del Consejo 1787/84, es de resaltar la postura del Abogado General Comas: la Comisión garantizaba a España asistencia financiera para la construcción de dos centrales eléctricas en las Islas Canaria, Greenpeace aseguraba que esto era contrario al Derecho comunitario, especialmente a los requerimientos de la Evaluación de Impacto Ambiental.

El Abogado General señalaba que las previsiones del TUE relativas a medio ambiente no son meras declaraciones de principios, y agregó "parecen imponer a las instituciones comunitarias una obligación específica y clara que podría producir efecto directo en el orden jurídico comunitario"<sup>5</sup>

En este orden de ideas, García Ureta (1994) afirma que, aunque se haya indicado que estos principios se refieren tan sólo a la acción de la Comunidad y, por lo tanto, no se aplicarían directamente a los Estados miembros, "sin embargo, en la medida en que inspiran la normativa secundaria de la Comunidad, su influencia sobre los ordenamientos jurídico es patente".

La interpretación que sobre estos principios hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afecta en última instancia a la aplicación de medidas nacionales en la materia y, de igual manera la obligación que pesa sobre las autoridades de los Estados miembros (incluidos los Tribunales) de interpretar la normativa nacional a la luz de la comunitaria.<sup>6</sup>

La normativa comunitaria permite la posibilidad de invocar normas concretas ante los Tribunales estatales.<sup>7</sup> Los Estados, al adherirse a la hoy Unión Europea, aceptaron que el Derecho comunitario entrasen a formar parte de su ordenamiento jurídico.<sup>8</sup>

El propio Tribunal de Justicia de la Comunidad ha reconocido que "el tratado CEE ha instituido un orden jurídico propio integrado al sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone, por una parte, a sus jurisdicciones, por otra, a sus nacionales y, por último, a los mismos Estados".<sup>9</sup>

A pesar de ello, la recepción por parte de los Estados miembros no ha sido homogénea.

En el asunto Regina vs Secretary of State for Trade and Industry ex parte Dudrige, padres de familia preocupados por los riesgos de leucemia en sus hijos debido a una instalación subterránea de cables de alto voltaje, demandaron a la Secretaría de Estado de Comercio e Industria a expedir regulaciones estableciendo estándares de emisión fundamentados en otro importante principio, el de precaución.

4 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 1998. Asunto C-321/95 P, Greenpeace Council vs. Comisión.

5 Ibidem.

6 CATALANA, N.; SCARPA, R. Principios de Derecho Comunitario. Madrid: Ed. Tecnos, 1988.

7 MOLINA DEL POZO, C. Manual de Derecho de la Comunidad Europea. 2. ed. Madrid: Trivium, 1990.

8 Ibidem.

9 HUGHES, D. The Status of the 'Precautionary Principle' in Law: R v Secretary of State for Trade and Industry ex parte Duddridge. Journal of Environmental Law, v. 7, n. 2, p. 224-2444. 1995.

Los tribunales británicos rechazaron la petición debido a que el principio de precaución todavía no se encontraba en la legislación nacional y, por lo tanto, no regía legalmente.

Así las cosas, podemos observar como el hecho de hablar de transversalidad exige que existan previsiones jurídicas para garantizar que el elemento ambiental sea tomado en cuenta en el quehacer cotidiano de los poderes públicos, y esto sólo puede hacerse a través de una exigencia jurídica. De lo contrario, se corre el riesgo de que la integración de la variable ambiental en las políticas sectoriales se convierta en un buen deseo.

### 3 LA INTEGRACIÓN DE LA VARIABLE AMBIENTAL EN LAS POLÍTICAS DE RECUPERACIÓN

El principio, como ya hemos señalado, se encuentra íntimamente ligado al de desarrollo sostenible y puede ser interpretado, a la luz de este último, de forma amplia o restringida.

Como señala Aguilar Fernández:

Existen dos maneras genéricas de entender el principio de integración: la primera es anterior a la primacía que, principalmente desde finales de los años 80, ha conseguido el concepto de DS y se centra en integrar el componente medioambiental en todas aquellas políticas sectoriales con efectos negativos sobre el entorno como forma de reducir el déficit que acompaña a la política de medio ambiente (esto es lo que podría denominarse la «integración restringida»); la segunda es posterior en el tiempo y está inextricablemente vinculada al DS, ya que postula que en la sostenibilidad hay una interdependencia, y debe haber un equilibrio, entre los componentes medioambientales, económicos y sociales (a esto se le podría etiquetar de «integración ampliada»). En esta segunda acepción el énfasis se pone en la necesidad de que el crecimiento económico integre (o se vea acompañado por) tanto la preocupación medioambiental, de forma que se reduzcan sus externalidades sobre el medio físico, como la preocupación social, de forma que el bienestar material se distribuya de forma menos desigual.<sup>10</sup>

En el año 1992 se introduce en la Agenda 21 como forma de lograr el desarrollo sostenible. Así, dentro de la primera sección se incluye el capítulo 8, que lleva por título “Integración del medio ambiente y el desarrollo en la adopción de decisiones”, dentro del cual se incluyen las siguientes áreas:

- a) Integración del medio ambiente y el desarrollo a nivel de políticas, planificación y gestión;
- b) Establecimiento de un marco jurídico y reglamentario eficaz;
- c) Utilización eficaz de instrumentos económicos e incentivos de mercado y de otro tipo;
- d) Establecimiento de sistemas de contabilidad ecológica y económica integrada.

Se reconoce en el programa que es habitual que las decisiones de muchos países tiendan a “seguir separando los factores económicos, sociales y del medio ambiente a nivel de políticas, planificación y gestión”.<sup>11</sup>

Por ello, es “necesario efectuar un ajuste, o una reformulación fundamental del proceso de adopción de decisiones, a la luz de las condiciones concretas de cada país, para que el medio ambiente y el desarrollo se sitúen en el centro del proceso de adopción de decisiones económicas y políticas, de manera que se logre de hecho la plena integración de esos factores”.<sup>12</sup>

10 AGUILAR FERNÁNDEZ, S. El principio de integración medioambiental dentro de la Unión Europea: la imbricación entre integración y desarrollo sostenible. *Papers. Revista de Sociología*, n. 71, p. 77-97, 2003.

11 ONU. Programa 21: Capítulo 8: integración del medio ambiente y el desarrollo en la adopción de decisiones, 1992.

12 Ibidem.



La Agenda 21 recomienda, además, que cuando se adopten decisiones sobre políticas económicas, sociales, fiscales, energéticas, agropecuarias, mercantiles, de transporte y de otra índole se preste sistemáticamente más atención al medio ambiente y a las consecuencias que tendrán esas políticas para el medio ambiente.

Por otra parte, el principio de integración de la variable ambiental en las políticas sectoriales está íntimamente ligado al Derecho Humano a un medio ambiente sano, toda vez que disfrutar de un medio ambiente sano debe garantizarse desde todos los sectores económicos y es, por ello, responsabilidad de todos.

La propuesta de la OCDE antes mencionada propone, por su parte, a los Estados 5 acciones concretas para integrar la variable ambiental en las políticas de recuperación tras el covid-19, que a continuación se enumeran:

1. Que evalúen sistemáticamente los posibles efectos ambientales negativos e indeseados de las nuevas disposiciones fiscales y tributarias a corto plazo.

De acuerdo con la OCDE, “si bien la prioridad es, lógicamente, la de ofrecer ayuda urgente a las empresas y personas afectadas, un análisis exhaustivo de los efectos de carácter medioambiental de las medidas de estímulo reforzaría significativamente y aportaría coherencia a las políticas eventuales, al tiempo que evitaría consecuencias adversas e imprevistas que podrían poner en entredicho la capacidad de recuperación y la salud ambiental de las sociedades en un futuro”.<sup>13</sup>

2. Que no abandonen ni den marcha atrás en lo concerniente a las normas ambientales vigentes como parte de los planes de recuperación.

Lo anterior se debe a que “a medida que los países adopten medidas urgentes para hacer frente a las repercusiones sanitarias y económicas inmediatas de la crisis, será importante no sólo no retroceder, sino también hacer todo lo posible por salvaguardar los avances logrados en los últimos decenios por lo que respecta a la lucha contra el cambio climático, la contaminación atmosférica y del agua, la pérdida de biodiversidad y otros problemas medioambientales”.<sup>14</sup>

3. Que supediten, en su caso, las medidas de apoyo financiero a sectores específicos a la consecución de mejoras ambientales.

Según la OCDE “la adopción de medidas de apoyo financiero como, por ejemplo, los préstamos preferentes, las garantías crediticias y las deducciones fiscales podría tener específicamente la finalidad de alentar compromisos ambientales más firmes y una actuación más enérgica en sectores altamente contaminantes que pueden verse especialmente golpeados por la crisis”.<sup>15</sup>

4. Se aseguren de que las medidas adoptadas mejoren los niveles de salud ambiental a fin de reforzar la resiliencia de las sociedades ante este tipo de fenómenos.

Lo anterior, de acuerdo con la OCDE obedece a que “un medio ambiente más limpio tendrá un efecto positivo en la salud humana, hasta el punto de que, por ejemplo, la reducción de la contaminación atmosférica contribuirá a mejorar la salud de los segmentos vulnerables de las poblaciones urbanas, llegando incluso a fortalecerlos frente a otros riesgos y problemas para la salud”.<sup>16</sup>

5. Informen claramente sobre los beneficios de mejorar la salud ambiental de las sociedades a escala mundial.

La OCDE justifica esta medida porque “el hecho de subrayar cuáles son los beneficios para el bienestar

13 Ibidem.

14 Ibidem.

15 OECD. Del confinamiento a la recuperación: respuestas medioambientales a la pandemia del COVID-19, 27 abr. 2020.

16 Ibidem.

y la prosperidad de sociedades más resistentes y mejor adaptadas para hacer frente a futuros riesgos puede contribuir a intensificar el apoyo público para la adopción de medidas encaminadas a mejorar la salud ambiental”.<sup>17</sup>

## 4 CONCLUSIONES

**Primera** - Los esfuerzos de recuperación económica y social post-Covid 19 son esenciales, pero si estos no incorporan la dimensión ambiental, pueden generar problemas graves a largo plazo, además de alejarnos del anhelado y perseguido desarrollo sostenible.

**Segunda** - En la Unión Europea, con la finalidad de garantizar que el elemento ambiental fuese tomado en cuenta en la definición y ejecución de toda política pública,<sup>18</sup> se introdujo en el año 1997, dentro del Tratado de Ámsterdam, el principio de la integración de la variable ambiental en las políticas sectoriales.

En algunos países, especialmente de América Latina se lleva tiempo hablando de la necesidad de exigir la transversalidad de las políticas públicas en relación con la cuestión ambiental con la misma finalidad que la que persigue este principio, sin embargo, las consecuencias de ambos planteamientos son muy diferentes.

La diferencia sustancial entre ambos radica en el carácter vinculante o no de uno y otro.

**Tercera** - El principio de integración de la variable ambiental en las políticas sectoriales está íntimamente ligado al Derecho Humano a un medio ambiente sano, toda vez que disfrutar de un medio ambiente sano debe garantizarse desde todos los sectores económicos y es, por ende, responsabilidad de todos.

**Cuarta** - La propuesta de la OCDE exhortando a los Estados a integrar lo ambiental en las políticas de recuperación tras la pandemia propone 5 acciones concretas que se consideran fundamentales para seguir en el camino del desarrollo sostenible.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR FERNÁNDEZ, S. El principio de integración medioambiental dentro de la Unión Europea: la imbricación entre integración y desarrollo sostenible. *Papers. Revista de Sociología*, n. 71, p. 77-97, 2003.

CATALANA, N.; SCARPA, R. *Principios de Derecho Comunitario*. Madrid: Ed. Tecnos, 1988.

CONSEJO EUROPEO. Artículo 6 del Tratado CE, tras la adopción del Tratado de Ámsterdam de 1997.

ELCHACO, J. Nace una alianza social, política y económica para la recuperación ‘verde’. *La Vanguardia*, 14 abr. 2020. Recuperado en 1 de julio de 2020, de: <https://www.lavanguardia.com/natural/20200414/48502376874/nace-una-alianza-social-politica-y-economica-para-la-recuperacion-verde.html>.

GARCÍA URETA, A. *Marco Jurídico del procedimiento de impacto ambiental: el contexto comunitario y estatal*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1994.

HUGHES, D. The Status of the ‘Precautionary Principle’ in Law: *R v Secretary of State for Trade and Industry ex parte Duddridge*. *Journal of Environmental Law*, v. 7, n. 2, p. 224-2444. 1995.

MOLINA DEL POZO, C. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. 2. ed. Madrid: Trivium, 1990.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> CONSEJO EUROPEO. Artículo 6 del Tratado CE, tras la adopción del Tratado de Ámsterdam de 1997.



OECD. Del confinamiento a la recuperación: respuestas medioambientales a la pandemia del COVID-19, 27 abr. 2020. Recuperado en junio 2020, de: [https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=130\\_130666-agioosng94&title=De-la-contencion-a-la-recuperacion-Respuestas-medioambientales-a-la-pandemia-del-COVID-19](https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=130_130666-agioosng94&title=De-la-contencion-a-la-recuperacion-Respuestas-medioambientales-a-la-pandemia-del-COVID-19)

ONU. Programa 21: Capítulo 8: integración del medio ambiente y el desarrollo en la adopción de decisiones, 1992. Recuperado el 30 de junio de 2020, de: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21spchapter8.htm>.

PARLAMENTO EUROPEO. Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Recuperado el 2 de julio de 2020, de: [https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/EC\\_SEA\\_Directive/ec\\_0142\\_sea\\_directive\\_es.pdf](https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/EC_SEA_Directive/ec_0142_sea_directive_es.pdf).

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 1998. Asunto C-321/95 P, Greenpeace Council vs. Comisión. Recuperado el 30 de junio de 2020, de: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43515&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11795549>.







## **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: faleconosco@mpc.mg.gov.br  
Horário de atendimento ao público: 07:00 às 12:00 e 13:00 às 17:00