

# REVISTA

# MPC • PR

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ

**CENTRO  
DE ESTUDOS**  
**MPC • PR**



**NOV 2018 | MAI 2019**

**NÚMERO 09 | ANO V**  
**ISSN 2359-0955**



REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

# MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

---

Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná/ Ministério Público de Contas do Estado do Paraná. - n. 9, (2018) - \_ Curitiba: Ministério Público de Contas do Paraná, 2018.

Semestral

Resumo em português e inglês

Disponível em <http://www.mpc.pr.gov.br/revista>

1. Administração pública – Paraná – Periódicos. 2. Finanças públicas – Paraná – Periódicos. 3. Controle externo - Paraná – Periódicos. 4. Paraná – Ministério Público de Contas do Estado do – Periódicos. I. Ministério Público de Contas.

CDU 336.126.55(816.5)(05)

Opiniões e conceitos emitidos nos artigos, bem como a exatidão, adequação e procedência das citações bibliográficas, são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná.

## CONSELHO EDITORIAL

FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI	Presidente
MICHAEL RICHARD REINER	Vice-Presidente
KÁTIA REGINA PUCHASKI	Vice-Presidente
ANGELA CASSIA COSTALDELLO	Membro
ÉLIDA GRAZIAN PINTO	Membro
FABRÍCIO MACEDO MOTTA	Membro
HELENO TAVEIRA TORRES	Membro
INGO WOLFGANG SARLET	Membro
JUAREZ FREITAS	Membro
MARCO ANTONIO CARVALHO TEIXEIRA	Membro
MARCOS ANTÔNIO RIOS DA NÓBREGA	Membro
MARIA PAULA DALLARI BUCCI	Membro
RODRIGO LUÍS KANAYAMA	Membro
VANICE LIRIO DO VALLE	Membro

**Organização:** RENATA BRINDAROLI ZELINSKI E RACHEL SANTOS TEIXEIRA

**Projeto Gráfico:** NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

**Diagramação:** NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

**Capa:** NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

**Ministério Público de Contas do Estado do Paraná – Secretaria do Conselho Editorial**

Praça Nossa Senhora da Salete, s/n – Centro Cívico – Curitiba – PR

Contato – revista@mpc.pr.gov.br - Tel (41) 3350-1640



# sumário

<b>Editorial.....</b>	<b>7</b>
<b>Doutrina.....</b>	<b>12</b>
<b>QUEM CONTROLA O CONTROLADOR? NOTAS SOBRE ALTERAÇÃO NA LINDB.....</b>	<b>12</b>
Fernando Facury Scaff	
<b>A NATUREZA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO PROCESSO DE CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL E A AUSÊNCIA DE PADRONIZAÇÃO/SISTEMATIZAÇÃO DOS REGULAMENTOS PROCESSUAIS: ENSAIOS DE UMA UNIFORMIZAÇÃO PROCESSUAL À LUZ DOS MODELOS ITALIANO, PORTUGUÊS E ESPANHOL.....</b>	<b>30</b>
Glaydson Santo Soprani Massaria	
<b>A SEGURANÇA JURÍDICA E O CONTROLE À LUZ DE NOVOS CONCEITOS DA LINDB: UMA RELEITURA DO DEVER DE MOTIVAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO.....</b>	<b>57</b>
Marcílio Barenco Corrêa de Mello e Tatiana Alves Nunes Guerreiro Pereira	
<b>A NOVA LINDB E O CONTROLE EXTERNO: UMA BREVE REFLEXÃO SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....</b>	<b>69</b>
Luís Filipe Vellozo Nogueira de Sá e Robert Luther Salviato Detoni	
<b>O ATIVISMO DE CONTAS EM PROL DO SISTEMA DE CONTROLE INTERNO: UMA PROJEÇÃO CONCRETIZADORA DA EFICIÊNCIA DOS ÓRGÃOS MUNICIPAIS COMO ESSENCIAIS À BOA GOVERNANÇA.....</b>	<b>80</b>
Gabriel Guy Léger e Aila Tamina Martins Pereira	
<b>Pareceres Ministeriais Selecionados.....</b>	<b>102</b>
<b>Orientações para Envio de Artigos.....</b>	<b>124</b>

# editorial

O ano 2018 teve uma grande movimentação no direito administrativo e financeiro.

Foi com a alteração da lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB), porém, que os maiores debates se instalaram, até mesmo antes da promulgação da legislação modificativa, que introduziu novas regras hermenêuticas para as esferas administrativas, controladora e judicial, especialmente no que se refere à segurança jurídica na aplicação do direito público e na delimitação de responsabilidades de agentes públicos (Lei Federal 13.655/18).

Nesse sentido, o temor do enfraquecimento do controle, especialmente por parte dos Tribunais de Contas, encontrou ressonância no veto presidencial à alguns dos dispositivos mais controversos, guardando-se, porém, o direcionamento que as novas regras intencionavam imprimir.

Nada mais natural, portanto, que a presente edição da Revista do Ministério Público de Contas dedique-se à tão relevante temática.

\*\*\*

Inaugurando os trabalhos, o Professor Titular de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo (USP), Fernando Facury SCAFF, demarca em seu “QUEM CONTROLA O CONTROLADOR? NOTAS SOBRE ALTERAÇÃO NA LINDB” uma visão positiva acerca da novel legislação, não sem antes remarcar criticamente a desnecessidade de tais normas se houvesse, de fato, uma *cultura constitucional* sólida em nosso país. Em cuidadosa exegese dos novos dispositivos, o autor, fixo nas premissas de que *é o direito que controla o poder (e, portanto, as normas em exame têm também a função de controlar o controle exercido sobre quem aplica o direito) e que a punição não deve ganhar peso distinto da prevenção (controle e responsabilidade são instrumentos do princípio republicano, e não seu objetivo ou seu fundamento)*, ressalta o potencial prático que essas normas têm para a consecução da *segurança jurídica* no direito público brasileiro.

\*\*\*

Desenvolvendo tema que parece estar ganhando os primeiros contornos de posituação também na novel alteração da LINDB (cujos termos reportam-se, claramente, a uma divisão tripartite das decisões e processos em judiciais, administrativos e de contas), o Procurador do MPC-MG e ex-integrante da magistratura, Glaydson Santo Soprani MASSARIA, no artigo “A NATUREZA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO PROCESSO DE CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL E A AUSÊNCIA DE PADRONIZAÇÃO/ SISTEMATIZAÇÃO DOS REGULAMENTOS PROCESSUAIS: ENSAIOS DE UMA UNIFORMIZAÇÃO PROCESSUAL À LUZ DOS MODELOS ITALIANO, PORTUGUÊS E ESPANHOL” acaba por apresentar, após consistente fundamento e análise do direito comparado, a existência de um verdadeiro *processo de contas autônomo, como subespecie do processo jurisdicional*, cujos contornos certamente deverão conduzir qualquer tentativa futura, no direito pátrio, de formatação de um Código de Processo de Contas Nacional.

Retomando-se com veemência o tema da *segurança jurídica* e da *motivação* das decisões estatais, o também Procurador do MPC-MG, Mestre e Doutorando em Ciências Jurídicas Publicistas pela Universidade do Minho, Marcílio Barenco CORRÊA DE MELLO, juntamente com a Analista de Controle Externo (TCE-MG) Tatiana Alves Nunes Guerreiro PEREIRA, abordam, no estudo intitulado “A SEGURANÇA JURÍDICA E O CONTROLE À LUZ DE NOVOS CONCEITOS DA LINDB: UMA RELEITURA DO DEVER DE MOTIVAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO”, um conjunto de conceitos jurídicos que agora ganham novos contornos e negritos. Partindo de uma revigorada noção do princípio da motivação das decisões, em que se vedam *motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de todos os seus impactos*, revelam os autores a preocupação dos novos dispositivos em estabelecer padrões diferenciados na consideração de validade de atos públicos editados em razão do interesse público, adotando a lei certo pragmatismo para a resolução de distorções.

\*\*\*

Já em “A NOVA LINDB E O CONTROLE EXTERNO: UMA BREVE REFLEXÃO SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO”, o advogado Luís Filipe Vellozo NOGUEIRA DE SÁ e Robert Luther Salviato DETONI, ambos Auditores de Controle Externo (TCE-ES) e mestres em Economia, estabelecem a premissa econômica do direito como método para examinar as alterações da LINDB e seus impactos sobre a atividade dos Tribunais de Contas, especialmente no que se refere à *necessidade de ponderação quanto à alocação de recursos, devendo o agente público interpretar e aplicar o direito levando em conta as consequências de suas decisões*.

\*\*\*

Encerrado a seção doutrinária desta edição, o Procurador do MPC-PR, Gabriel Guy LÉGER, especialista pela École Nacional de la Magistrature – ENM e École Nationale d’Administration – ENA, em conjunto com Aila Tamina Martins PEREIRA, tratam, em densa monografia acerca do “ATIVISMO DE CONTAS EM PROL DO SISTEMA DE CONTROLE INTERNO: UMA PROJEÇÃO CONCRETIZADORA DA EFICIÊNCIA DOS ÓRGÃOS MUNICIPAIS COMO ESSENCIAIS À BOA GOVERNANÇA”, sobre a missão dos Tribunais de Contas na avaliação de conformação do controle interno ao ordenamento jurídico, com especial destaque ao princípio da eficiência, objetivando uma urgente e necessária *requalificação do sistema de controle interno municipal*.

\*\*\*

No tópico “Pareceres Ministeriais Selecionados”, importantes estudos estão referenciados em resposta a “consultas” formuladas pela Administração Pública ao TCE-PR, destacando-se, por fim, a cota ministerial lançada por ocasião do exame das contas anuais do Governo do Estado do Paraná, exercício de 2017, cujas conclusões recomendaram a sua desaprovação.

Boa leitura!

**MICHAEL RICHARD REINER**

**Procurador do MPC-PR e coordenador da presente edição**

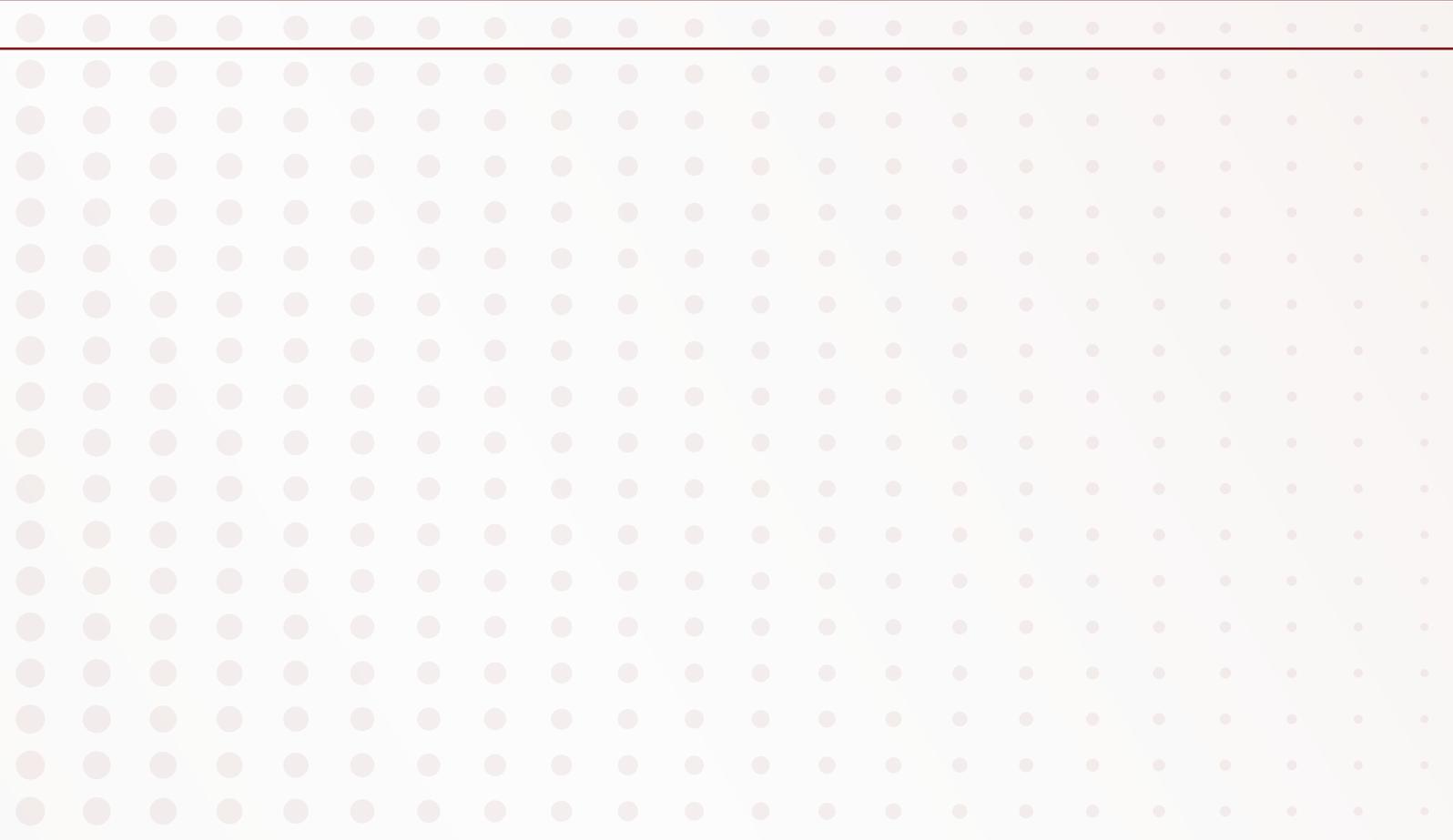






.....

# **doutrina**



# doutrina

## **QUEM CONTROLA O CONTROLADOR? NOTAS SOBRE ALTERAÇÃO NA LINDB**

Fernando Facury Scaff<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O texto analisa aspectos da função exercida pelo controle em nossa sociedade e comenta cada qual dos artigos introduzidos pela Lei 13.655/18 à LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/42). Conclui afirmando que a alteração foi benéfica para a aplicação do direito público brasileiro, aumentando a segurança jurídica, e se caracterizando também como uma forma de controlar o controlador.

**Palavras-chave:** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, Lei 13.655/18, controle financeiro e orçamentário, controle do controlador.

### **ABSTRACT**

The text analyzes aspects of the function exercised by the control in our society and comments each articles introduced by Law 13655/18 to LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657 / 42). It concludes by stating that the amendment was beneficial to the application of Brazilian public law, increasing legal security, and also being characterized as a way to control the controller.

**Keywords:** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, Lei 13.655/18, financial and budgetary control, to control the controller.

## **1. NOTAS SOBRE CONTROLE E RESPONSABILIDADE**

Surgiu no horizonte normativo um bom debate acadêmico na seara do direito financeiro, envolvendo temas fundamentais para a interpretação e aplicação de suas normas, em razão da alteração efetuada na LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que é o mesmo e velho Decreto-lei 4.657/42, antigamente conhecido como Lei de Introdução ao Código Civil, que apenas mudou de nome pela Lei 12.376/10. O texto sob análise é a Lei 13.655/18, que introduziu novos artigos àquela norma.

<sup>1</sup> Professor Titular de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo - USP e Professor da Universidade Federal do Pará - UFPA. Sócio do escritório Silveira, Athias, Soriano de Mello, Guimarães, Pinheiro e Scaff - Advogados.

Sob certo aspecto o debate se insere na velhíssima questão sobre *quem controla o controlador*. Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis*, de 1748, afirmava que o ideal de funcionamento do Estado, é que “o poder freie o poder”, pois, “a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites”<sup>2</sup>. Esse é um debate importantíssimo para a democracia e, mais ainda, para o efetivo exercício republicano de controle do poder. Não pode existir em um Estado Republicano e Democrático de Direito poder sem controle, nos moldes do sistema de freios e contrapesos criado pelo direito constitucional norte-americano.

Nas sociedades atuais quem controla o poder não é apenas outro poder, mas o direito, tendo por base a Constituição. Se houvesse uma verdadeira *cultura constitucional* em nosso país, a alteração efetuada seria desnecessária, pois redundante. Registra-se certo *mal-estar civilizacional* na leitura do texto, pois, subjacente a ele, identifica-se um país conflagrado, onde não mais se respeita a autoridade administrativa, e no qual *todos são culpados até prova em contrário*. As normas aprovadas apontam fórmulas para dar mais segurança jurídica à sociedade, no meio de toda essa conflagração. Em um país onde fossem respeitadas as leis e os atos administrativos, essa alteração normativa seria desnecessária. Mas o direito é um produto cultural e labora sobre a realidade existente, o que torna a alteração efetuada não só relevante, como também necessária.

Comparato assinala, com precisão, que a ideia de controle está associada à de poder, que possui diversas dimensões, dentre elas a política, a econômica, a religiosa, a moral e a técnica. E alerta que a questão não envolve apenas dominação, mas também *influência*. E arremata que “o problema fundamental da economia moderna não é mais a titularidade da riqueza, mas o controle sobre ela”<sup>3</sup>, pois, atualmente, “nas macroempresas capitalistas, ninguém sabe, a rigor, quem são as pessoas que detêm o controle em última instância, pois as múltiplas participações do capital – diretas, indiretas ou cruzadas – constituem um emaranhado inextrincável, ou cadeia sem fim”<sup>4</sup>. Considerando a enormidade de inter-relações quotidianas da atividade privada envolvendo o poder público, a análise do controle público e social do Estado é de suma importância para o bem comum e, observando os efeitos financeiros, para a identificação de um *orçamento republicano*<sup>5</sup>, seja na fase de elaboração, na de execução ou na de controle.

Michel Foucault publicou em meados da década de 70 do século passado uma obra com o título *Vigiar e Punir*<sup>6</sup>, em que analisa a mudança no sistema prisional francês desde o século XVIII até a contemporaneidade. O livro inicia descrevendo em minúcias uma cena ocorrida em 1757, na qual ocorre a dolorosa aplicação de uma pena corporal a um indivíduo – o que inclui seu sucessivo esfolamento, esquartejamento e

2 MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982. p. 186 e ss.

3 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. 2. ed. São Paulo: RT, 1977. p. 01-04.

4 COMPARATO, Fábio Konder. *Poder político e capitalismo*. *Boletim de Ciências Econômicas*, v. LVII, tomo I, p. 1115-1144, especialmente p. 1133 (em homenagem ao Prof. Dr. António José Avelãs Nunes). Coimbra: Coimbra Ed., 2014.

5 Para a compreensão do conceito, ver SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e Liberdade Igual*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

6 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 33. ed. Tradução Raquel Ramalheira. Petrópolis: Vozes, 1987.

morte na fogueira – que teria cometido o crime de parricídio, e prossegue seu relato até os dias atuais, com a criação das prisões e outras formas de cumprimento da pena. A grande questão da obra é: o que levou o sistema penal francês a mudar seu paradigma?

Uma das várias conclusões é que a mudança ocorreu porque a sociedade se humanizou ao longo do tempo, e o Rei, que tudo podia na fase absolutista, perdeu poder. A lógica exposta acerca da punição remanesce até os dias atuais, porém com um perfil mais “benevolente”, pois busca “corrigir e reformar as pessoas”, e não apenas puni-las de forma pessoal. E, além disso, busca não *só punir*, mas também vigiar como uma forma de *evitar as punições*, através de maior controle sobre as pessoas.

O ponto central da instigante obra de Foucault é o sistema prisional, demonstrando a busca da humanidade por reformar o homem, não apenas por meio de *punições*, mas, até mesmo, pela coerção que um eficaz sistema de vigilância exerce sobre as pessoas. O que antes era apenas punir, passou a ser também vigiar, para *prevenir as punições*. O *vigiar*, sob diversas formas e em diversos âmbitos, passou a ser uma forma de coerção social como prevenção das condutas delituosas, que, caso venham a ocorrer, necessitam de punição.

Tal entendimento pode muito bem ser aplicado ao direito financeiro, pois estruturado não apenas sob uma ótica punitiva – que existe e deve ser aplicada, quando a conduta se revela fora dos padrões estabelecidos pelas normas em vigor –, mas também sob uma ótica *preventiva, de vigilância*, visando *controlar* os indivíduos e as instituições que têm sob sua guarda o dinheiro público para que não cometam delitos financeiros contra o Tesouro – o que se caracteriza como crime contra a sociedade, e não mais contra “o Rei”.

No direito financeiro estes dois aspectos são usualmente denominados de controle, como um corolário de *vigilância*, e *responsabilidade*, como uma consequência punitiva em razão da conduta ilegal adotada.

Tais institutos jurídicos de direito financeiro permitem averiguar a efetividade do princípio republicano e também podem ser dirigidos para a busca da elaboração e do cumprimento de um orçamento republicano. Como menciona Elida Graziane Pinto, “eis o ponto em que entra o segredo da esfinge orçamentária: como decifrar a capacidade de os operadores do Direito controlarem os orçamentos públicos em bases jurídico-constitucionais?”<sup>7</sup>

Controlar e *responsabilizar* financeiramente as pessoas não faz parte nem dos fundamentos (art. 1º, CF) e nem dos *objetivos fundamentais* (art. 3º, CF) da república brasileira, mas são essenciais em razão da função que exercem. Não se pode dizer que é *fundamento* ou objetivo de algum país *controlar* alguém em razão de seus atos, ou *responsabilizá-lo* em razão de alguma irregularidade financeira, mas são institutos

7 PINTO, Elida Graziane. Financiamento dos direitos à saúde e à educação – Uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte, Fórum, 2015. p. 21.

necessários e importantíssimos para que se possa atingir os objetivos estabelecidos, com base nos *fundamentos* existentes – mas não são, em si, finalidades buscadas por uma sociedade. E nem podem sê-lo, sob pena de subverter toda a estrutura, transformando o que é *instrumental* – o controle e a responsabilidade – em objetivo. Tampouco tais funções estão inseridas em um contexto de orçamento republicano, em cujo cerne está a justiça distributiva através do orçamento, pela correlação entre as capacidades financeiras, contributiva e receptiva. Talvez em uma estrutura de Estado Policial se poderia afirmar que controlar e responsabilizar sejam objetivos do Estado, porém não é o que deve ocorrer sob a égide da Constituição brasileira de 1988.

A função de controlar e de responsabilizar corresponde a de corrigir as condutas financeiras que forem adotadas pelas pessoas e instituições, públicas e privadas, na busca de uma liberdade igual para todos. Corrigir condutas não pode ser equiparado ao objetivo final de uma trajetória. Exatamente por isso que não fazem parte do *orçamento republicano*, mas são institutos ínsitos à sua efetividade, pois visam corrigir rotas e até mesmo punir eventuais irregularidades financeiras ocorridas ou prestes a acontecer.

*Controlar e responsabilizar*, no sentido financeiro, são duas funções correlatas à tarefa de vigiar e punir – exposta no âmbito de tutela das liberdades por Foucault –, e que deve ser aplicada de forma isonômica em uma sociedade, sem que possam existir pessoas ou situações privilegiadas de nenhuma espécie ou natureza.

*Controle* é um instrumento tipicamente republicano, pois quem assume incumbências públicas tem que prestar contas de seus atos ao povo, pois trabalha em *função do povo*. Para tanto, é necessário haver um sistema de controle que verifique a adequação das condutas de conformidade com o prescrito pela Constituição e demais normas. E isso ocorre por meio do sistema de controle público e social estabelecido pela Constituição.

*Controle* é um termo amplo que abrange diversas funções, dentre outras, as atividades de auditoria, de fiscalização, de autorização, de sustação ou de impedimento à realização de atos que estejam sendo praticados. Cada um desses termos possui conotação própria.

Por exemplo, *auditar* possui um escopo mais amplo do que *fiscalizar*, pois implica na comparação de procedimentos e no diálogo para correção de rotas, enquanto *fiscalizar* implica na identificação de eventuais irregularidades e punição dos atos realizados. Eventuais incorreções identificadas pelo sistema de auditoria podem gerar relatórios de inconformidade e recomendações para a correção dos procedimentos, mas sem punições; já o sistema de fiscalização, quando identifica uma inconformidade, aplica punições.

Outras funções inseridas na atividade de controle são as de *autorização* e as de sustação ou de *impedimento* da prática, ou para a prática de certos atos. Vê-se isso, por exemplo, nas atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica –

CADE, que é um órgão de *controle econômico*<sup>8</sup>, pois não só fiscaliza como também *autoriza* determinados procedimentos empresariais, como fusões e aquisições, caso identificadas algumas hipóteses específicas tendentes à dominação de mercados.

Por outro lado, a Receita Federal do Brasil, que também exerce certa forma de controle sobre a arrecadação tributária, tem por função fiscalizar, e, quando identifica uma irregularidade, aplica penalidades, âmbito de estudo do *direito tributário sancionador*<sup>9</sup>. A Receita Federal do Brasil não realiza auditoria, no sentido de recomendação de procedimentos a serem adotados com vistas à correção de condutas; identificada uma irregularidade, aplica uma punição.

Existe também a fiscalização policial sobre a sociedade, que deve ser realizada visando sua proteção, e que alcança um sem-número de atividades, desde a fiscalização de fronteiras até as atividades de combate a incêndios (art. 144, CF).

O Poder Judiciário exerce *controle*, e não *fiscalização*, pois a ele é incumbido o poder de julgar as condutas praticadas em desconformidade com o ordenamento jurídico.

Papel peculiar possui o Ministério Público, pois exerce o controle de diversas formas, dentre elas, o *controle externo da atividade policial* (art. 129, VII, CF), promovendo o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, CF), e promovendo e defendendo o interesse das populações indígenas (art. 129, V), dentre vários outros, que podem ser exercidos no âmbito judicial e extrajudicial.

A Constituição determina expressamente que o Estado fiscalize diversas atividades: art. 174; art. 175, I; art. 197; art. 225, II; art. 236, §1º; art. 21, VIII; art. 23, IX, dentre outras.

Enfim, sem nenhum intuito de esgotar o tema, aponta-se a existência do amplo poder de controle que o Estado possui sobre as atividades que ele próprio exerce direta ou indiretamente e sobre as desenvolvidas pelas empresas privadas, pelos indivíduos e pela sociedade como um todo.

O controle financeiro e orçamentário no Brasil foi atribuído pela sociedade, através da Constituição, a vários órgãos, dentre eles o Tribunal de Contas, que tem, dentre suas funções, a de auxiliar o Poder Legislativo nessa missão.

É preciso ter muita cautela para que o sistema de controle financeiro não sufoque o desenvolvimento das ações governamentais, pois, caso haja desequilíbrio, pode acarretar o desinteresse dos cidadãos na participação política ativa, ocasionando o temor relatado há milênios por Platão: “o maior castigo para quem se furta à obrigação de governar é vir a ser governado por alguém pior do que ele”<sup>10</sup>.

Em face da quantidade de controles financeiros, vários deles excessivamente formais, o cidadão pode ser levado a se afastar da participação ativa na política em

8 Nesse sentido, ver: AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999.

9 Para esse estudo ver: COELHO, Sacha Calmon Navarro. Teoria e prática das multas tributárias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

10 PLATÃO. A República. Tradução Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Pará, 1976. p. 70 (Livro I, 347-c).

razão dos riscos a que fica exposto, dentre eles, o de vir a ser objeto de uma gama de ações judiciais ao longo de sua existência, tendo que comprovar sua inocência – cuja presunção no Brasil atual, infelizmente, está em declínio. Não raro um gestor público, eleito ou não, é alvo de um sem-número de ações judiciais acusando-o de improbidade, e ele levará anos para dar conta da solução de todas elas, tendo sua honra e seu patrimônio expostos sob a espada de Dâmocles da Justiça e da imprensa.

Filgueiras e Avritzer apontam para o fato de que foram 51 leis aprovadas entre 1990 e 2009 sobre controle e combate da corrupção, e o resultado foi a criação de barreiras para a cooperação institucional, posição defensiva das gerências, lentidão de procedimentos e processos administrativos, pouca criatividade na inovação gerencial e maior conflituosidade entre os órgãos da máquina administrativa, e que tudo isso resultou em maior burocratização e na recorrência da corrupção, com maior impacto na opinião pública<sup>11</sup>. Em razão disso é que se identifica um verdadeiro *apagão das canetas*, pelo receio que as autoridades administrativas passaram a ter de decidir e ser apenas pelos órgãos de controle. Daniel Goldberg relata um fato ocorrido com ele:

Há poucas semanas, um regulador confidenciou ao executivo de uma concessionária que a companhia fazia jus a um aumento de tarifa, mas que ele não poderia concedê-la porque os órgãos de controle iriam “massacrá-lo”. Outras concessionárias, por não terem cumprido seus cronogramas de investimento, estavam tendo reduções de tarifa – o contraste entre o aumento para uns e a redução para outros inevitavelmente levaria a uma ação dos órgãos de controle.

Explicou o regulador: “No Brasil pós Lava Jato, ninguém quer correr o risco de ser visto beneficiando uma empresa de infraestrutura...” Para minha surpresa, o executivo sequer mostrou indignação – ao contrário, disse entender a situação do regulador, que sugeriu uma jogada ensaiada. “Procurem a Justiça: por favor me obriguem a conceder o aumento,” pediu, numa cena que beira o realismo fantástico.<sup>12</sup>

É inegável que devam existir controles financeiros sobre o Estado, mas realizados de forma substancial, com os olhos voltados à persecução das finalidades pretendidas, e não de maneira meramente formal e procedimental, e de modo a que não venham a ser excessivos, prejudicando a participação ativa das pessoas na política.

O controle financeiro deve ser exercido tendo por baliza o princípio da legalidade<sup>13</sup>, e não os cânones morais ou políticos daquele que o exerce. Isso é de veras importante, pois o que rege a convivência em sociedade são as normas jurídicas, e não a moral individual ou coletiva não expressa em normas, ou, ainda, a opção política individual de quem detém essa espécie de poder em nome da sociedade. O direito é que deve reger o controle, e não a moral ou a política. Pode parecer acariano, mas é sempre necessário recordar essas lições básicas, muitas vezes esquecidas ao longo da existência.

11 FILGUEIRAS, Fernando; AVRITZER, Leonardo. Corrupção e controles democráticos no Brasil. In: CARDOSO JR., José Celso; BERCOVICI, Gilberto (orgs.). República, democracia e desenvolvimento – contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo. Brasília: IPEA, 2013. p. 226.

12 GOLDBERG, Daniel. O Brasil está parando. Entenda por quê. Como combater a corrupção sem paralisar o Governo. Disponível em <https://braziljournal.com/o-brasil-esta-parando-entenda-por-que>, último acesso em 08 de outubro de 2018.

13 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 749.

Já a noção de *responsabilidade* diz respeito às consequências do ato, que, caso seja irregular, ensejará punição. O vocábulo *responsabilidade* está voltado para a ideia de sanção, como resposta a um ato irregular, na linha do que acima foi definido à semelhança de vigiar, como uma forma de controlar, e *punir*, como um instrumento de *responsabilizar* quem cometeu o ilícito.

É responsável quem pratica o ato, ou, sendo obrigado a realizá-lo, se omite em o fazer. A singela pergunta “quem é o responsável por isso?” nos leva ao liame relacional entre quem adotou (ou deixou de adotar) aquele ato ou conduta, que pode ter consequências positivas ou danosas. Sendo a conduta danosa, o indivíduo ou a instituição causadora do dano deverá ser responsabilizado(a).

A responsabilidade jurídica envolve diversos aspectos, pois é necessário perquirir: 1) pelo sujeito ativo do ato de infração normativa; 2) pelo sujeito passivo atingido pela infração; 3) pelo nexos causal entre infrator e infração; 4) pelo prejuízo ocasionado; 5) pela sanção aplicável e 6) pela reparação<sup>14</sup>.

A identificação de incorreções e desvios, ensejando a responsabilização, decorre do sistema de controle. Este é que deverá estar alinhado para a identificação das irregularidades existentes e para indicar quem é o responsável pelo ato infrator, bem como pelas penalidades a serem aplicadas.

Para a aplicação do princípio republicano, importa destacar que a apuração de responsabilidade por atos infracionais à Constituição e demais leis deve alcançar a todos, de forma igual, na exata dimensão das atribuições que lhes tiverem sido incumbidas pelo ordenamento jurídico, independente de cargo, função, sexo, status, dimensão do dano<sup>15</sup> ou qualquer outro diferencial que possa ser imputado para desqualificar sua responsabilidade. A noção que deve presidir a imputação de responsabilidade é de que todos são iguais perante a lei, e que esta deve ser aplicada a todos. Qualquer hipótese de imputação seletiva de responsabilidades, visando afastá-las, laborará contra o *princípio republicano*.

Nesse sentido, as possibilidades de responsabilização são infinitas, e existe todo um *direito sancionador* para regular a matéria, que atua em diversos âmbitos supraindicados: financeiro, político, patrimonial, penal, administrativo, econômico etc.

A LC 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, dispõe amplamente sobre controle, e, em algumas partes, sobre *responsabilidade*, usando este vocábulo no sentido de *punir*.

Na verdade, a expressão *responsabilidade* utilizada na Lei de Responsabilidade Fiscal tem a lógica de *uso responsável, prudente e adequado dos recursos públicos*. Isso fica muito claro em seu art. 1º, que menciona ser a responsabilidade na gestão fiscal uma

Ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante

14 Nesse sentido, CRETELLA JÚNIOR, José. O Estado e a obrigação de indenizar. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 08.

15 Estes aspectos podem ser considerados para a dosimetria das penas, jamais para afastar a responsabilidade pelas infrações.

o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Esse rol de condutas arroladas na Lei de Responsabilidade Fiscal demonstra que seu conteúdo é muito mais voltado para o *controle* (no sentido de vigiar), do que para o sentido de *responsabilidade* como instrumento de *punição* – embora esta exista na Lei. Todos os aspectos envolvendo medidas de *caráter prudencial* evidenciam isso.

Feitas as explanações conceituais, constata-se que *controle* e *responsabilidade* são *instrumentos* do princípio republicano, e não seu *objetivo* ou seu *fundamento*, e que devem agir de forma substancial, e não meramente formal, respeitadada a segurança jurídica.

## 2. NOTAS SOBRE A ALTERAÇÃO NA LINDB

Como é sabido, a Lei 13.655/18 decorreu do Projeto de Lei 7.448/17, de autoria do senador Antonio Anastasia, fruto de anteprojeto elaborado por um grupo de juristas liderado pelos professores Carlos Ary Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto. Seu texto alterou a LINDB para nela introduzir regras hermenêuticas para as “esferas administrativa, controladora e judicial”, além de disposições acerca da responsabilidade patrimonial do servidor público, sendo muito positivo, pois é necessário harmonizar a interpretação do direito, tendo em vista a segurança jurídica.

Seguindo a regra de que é o direito que controla o poder, tais normas se caracterizam como uma forma de controlar não só quem aplica o direito, mas também quem têm a função de controlar o controle exercido sobre quem aplica o direito. É a máxima da legalidade que se impõe, e não a moral ou o desejo do seu aplicador, ou seja, *não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa* – o direito proíbe isso, e não há razão para ser diferente nas decisões administrativas, judiciais e de controladoria.

É bem verdade que essa alteração ainda mantém diversos conceitos jurídicos indeterminados, e que sua redação poderia ser mais precisa, porém isso não afasta sua aplicabilidade e, inegavelmente, contribui para trazer mais segurança jurídica do que o sistema possuía antes de sua edição.

O novel art. 20 determina que:

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

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

Uma leitura mais apressada da norma pode levar a crer que se tenha trazido para dentro do direito o *consequencialismo jurídico*, que Basile Christopoulos<sup>16</sup> conceitua como:

Num conceito estrito de consequencialismo, apenas a consequências deveriam ser relevantes para julgar uma determinada ação. Em todos os casos, não há uma resposta uníssona sobre quais são os resultados que devem ser considerados, como e por quê.

\Não parece ser esse o conteúdo da norma. Não se vê no texto nada que obrigue o administrador a pautar sua decisão observando suas consequências, havendo apenas o dever de *motivação da decisão*, que é uma decorrência do Estado de Direito e apresente as consequências de seus atos. Fórmulas genéricas, como a de que “decido com base no interesse público” devem ser motivadas e devidamente justificadas na lei para que seja possível à sociedade avaliar as efetivas razões daquele ato. E mais, tornou-se imprescindível que na justificação embasada nas normas seja apresentada a análise das consequências possíveis advindas daquela opção decisória.

Na atividade advocatícia tributária já tive a oportunidade de me deparar com um Auto de Infração acerca de tributos aduaneiros fundamentado no Manifesto Comunista de Marx e Engels – é a mais pura verdade, embora pareça um texto de Franz Kafka.

O texto do art. 20 não contém nenhuma obrigação de decidir de forma *consequencialista*, o que equivaleria ao despautério tributário acima relatado. O que ele introduz é uma obrigação de motivar e justificar o ato administrativo praticado, na linha do art. 93, IX da CF<sup>17</sup> e o art. 11 do NCPC<sup>18</sup>, ambos dirigidos ao Poder Judiciário, que apontam para a necessária fundamentação *legal, e não ideológica*, que todos os julgamentos devem ter. Isso passa a ser também necessário para as decisões administrativas e de controladoria, pois suas decisões devem ser motivadas, observando, dentre outros aspectos, a necessária justificação acrescida da análise relativa às suas consequências. Não basta fundamentar que está decidindo “de acordo com o interesse público”, ou visando o “bem comum”, ou para a “preservação ambiental”. É imperioso que o administrador ou o controlador passe a fundamentar sua decisão justificando-a legalmente em concreto, e indicando as possíveis consequências que advirão caso não a tivesse adotado, ou mesmo, as que ocorrerão em face de sua adoção.

Usando a conceituação adotada por Basile, isso não obriga que “apenas a consequências deveriam ser relevantes para julgar uma determinada ação”. Para que haja efetivo controle dos atos administrativos e de controladoria é necessário fundamentar de forma qualificada, justificando a adoção daquela decisão. É

16 CHISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Orçamento Público e controle de constitucionalidade. Argumentação consequencialista nas decisões do STF; Editora Lumen Juris Direito. Rio de Janeiro. 2016. p. 49.

17 CF 88, art. 93: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

18 NCPC: Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

necessário fundamentar e justificar o motivo pelo qual aquela alternativa foi adotada, com análise das consequências que dela decorrerão.

O art. 21 segue a mesma linha de exigir que haja a efetiva motivação da decisão efetuada, como se verifica em seu texto:

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

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

Aqui se destaca o parágrafo único, que determina a obrigação de justificadamente indicar as condições para que ocorra a regularização de modo proporcional e equânime, de tal modo que não ocorram ônus ou perdas anormais ou excessivas. De certa forma, reafirma o que consta do art. 20, e aplica a proporcionalidade no âmbito do direito sancionador administrativo e financeiro.

De certo modo, identifica-se tal determinação no art. 805 do NCPC<sup>19</sup>, que determina que a execução seja feita pelo modo menos gravoso ao executado. Isso já vem sendo adotado no âmbito judicial há muito, pois expreso no art. 620 do velho CPC. No caso, a determinação é para que ocorra a proporcionalidade da sanção.

Como acima expreso, é necessário reduzir a ênfase *punitivista* no âmbito do controle, mantendo-o muito mais na função de *vigiar* do que na de punir. Caso seja necessário impor penas, que sejam aplicadas de modo *proporcional* ao dano ocasionado.

O *caput* do art. 22 trata mais especificamente da *hermenêutica* a ser aplicada ao direito público:

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

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

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

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

<sup>19</sup> Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

É adequada a determinação do *caput*, estabelecendo a necessidade de levar em conta a realidade na exegese das normas, em especial as que se referem às políticas públicas. Um exemplo pode bem ilustrar o caso. O Ministério Público pleiteou e obteve provimento judicial para que as escolas de certo Estado criassem turmas especiais para receber crianças com deficiências. Pode parecer uma decisão a merecer o aplauso geral, porém vai contra uma política pública vigente, adotada pelo Estado e recomendada por uma plêiade de profissionais especializados na matéria, que não adotam políticas educacionais *segregacionistas*, que se concretizam através de turmas especiais, mas de *inclusão*, que visam integrar as crianças com deficiências nas turmas comuns, facilitando a convivência entre desiguais.

O que se lê no texto é a busca da impregnação do ato administrativo por dados fáticos, que devem ser expostos na motivação, a qual deve ser clara e pública, não sendo suficiente declarar que se decide com base no “interesse público” – é necessário motivar e justificar legalmente, à luz dos fatos evidenciados, com os olhos voltados às consequências da decisão adotada. Como acima referido, trata-se de um texto que, em tempos normais, seria considerado inócuo e despidendo, mas nos dias que correm é travada uma batalha acerca de sua vigência.

Os parágrafos do art. 22 tratam de dosimetria das penas, algo como critérios atenuantes e agravantes para serem levados em consideração nas decisões proferidas.

O art. 23 está embasado no princípio da segurança jurídica, o que é cediço no âmbito constitucional:

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

A segurança jurídica está espalhada no texto constitucional, sendo fundamental a leitura de duas obras de referência na matéria, de Heleno Taveira Torres<sup>20</sup> e de Humberto Ávila<sup>21</sup>. No caso, a irretroatividade das leis é corolário do ato jurídico perfeito<sup>22</sup>, pois, havendo “interpretação ou orientação nova” administrativa acerca de determinada norma ou procedimento, não é possível determinar sua aplicação retroativa. Sobre o tema, ver a obra de Rubens Limongi França, que afasta qualquer dúvida a respeito<sup>23</sup>.

A inovação está em determinar que haja obrigatoriamente um regime de transição para serem adotadas as novas regras, o que é positivo em várias situações concretas.

20 Torres, Heleno Taveira. Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

21 Ávila, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

22 CF, art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

23 FRANÇA, Rubens Limongi. Direito intertemporal brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 1968.

Não sendo estabelecida tal transição, e ela sendo necessária, nada mais seguro do que não retroagir e ainda determinar a aplicação gradual da norma às situações em curso. Por certo ela deverá ser aplicada às novas situações ainda não iniciadas.

Infelizmente foi vetado o parágrafo único desse artigo, assim grafado:

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

A ideia seria a criação de uma espécie de negociação entre o administrado e a autoridade administrativa, que, ao fim e ao cabo, poderia resultar em nada além do direito de negociar – não de se obter um regime de transição. Esse aspecto da norma teria por base o *direito de petição*, ou seja, requer-se o que bem entender, e o administrador deferiria ou não, com base no direito posto. O veto acabou com essa possibilidade, que parecia alvissareira e consta em outras normas, como, por exemplo, nas que regulam as licitações, com a possibilidade de negociação de preço com o vencedor<sup>24</sup>.

O novel art. 24 está assim grafado:

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

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

Trata-se de uma questão de direito intertemporal, pois obriga que na análise do caso concreto sejam levadas em consideração as orientações gerais da época em que ele ocorreu e se consolidou. Parece uma proposta óbvia, que em várias áreas do direito são consideradas bastante assentes, fruto do brocardo jurídico *tempus regit actum* (o tempo rege o ato). Nenhuma novidade. O problema está na análise dos fatos e na identificação do que seria o entendimento dominante à época em que ocorreram. Isso impõe estabilidade, integridade e coerência no ordenamento jurídico, validando os efeitos da posição então dominante para o tempo em que os atos foram praticados. No âmbito judicial tal procedimento é obrigatório para os Tribunais, na forma do art. 926 do NCPC<sup>25</sup>. Observe-se que tal preceito está alinhado com o do art. 23 da LINDB, que proíbe a retroação da modificação de interpretação jurídica.

<sup>24</sup> Lei 10.520/02, art. 4º, XVII.

<sup>25</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Claro que existem áreas de conflito, como por exemplo, nas situações fáticas não consolidadas, quando não se tratar de ato jurídico perfeito, mas de direitos de aquisição sucessiva ou direitos a termo, aspectos analisados por Limongi França há décadas<sup>26</sup>, com foco no *ato jurídico perfeito*, que, inclusive, possui amparo constitucional (art. 5º, XXXVI). Cada caso concreto necessitará de análise específica para identificação dos fatos a serem enfrentados pelo direito.

O texto do art. 25 foi integralmente vetado, e constata-se que sua aplicação seria muito complexa, pois envolve direito processual e eficácia da sentença:

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

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

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

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

Pelo que se depreende da redação, o intuito seria a propositura de uma ação declaratória que o ente público interpor para obter a declaração de “validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”. Só em países com baixa estima por seus administradores se poderia pensar em algo semelhante, uma vez que inverte toda a lógica de validade do ato administrativo. A inspiração local, tudo indica, advém da ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade, monstrengo introduzido na Constituição pela EC 03/93, prevendo, inclusive, os mesmos efeitos sentenciais. Outra inspiração parece ser a Ação Civil Pública. Tratava-se de uma opção jurídico-política a adoção dessa alternativa, concedendo ao ente público o direito de ir ao Judiciário para defender suas decisões; porém, foi vetada. Na prática, várias das decisões proferidas já desembocam no Poder Judiciário, levadas pelas partes privadas envolvidas; o que se propunha era a permissão para que a Administração Pública também o pudesse fazer, a fim de conceder maior segurança jurídica ao procedimento a ser adotado. Tudo indica que, caso tivesse sido aprovada, tal permissão normativa levaria a uma judicialização sem fim, com paralização administrativa ainda maior do que a atual – aquilo que se denomina *apagão das canetas* poderia ser levado ao paroxismo.

O art. 26 detalha de forma mais minudente como podem ocorrer os *termos de compromisso* com a Administração Pública:

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

<sup>26</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. Direito intertemporal brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 1968.

§1º O compromisso: I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II – (vetado); III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Essa norma visa coibir aquilo que, em diversas áreas de interligação entre o poder público e os particulares é identificado como um verdadeiro pavor decisório por parte de autoridades administrativas, e que vem sendo conhecido como uma espécie de *apagão das canetas*. Conheço relatos de servidores públicos sendo ameaçados caso autorizassem o licenciamento ambiental de determinado empreendimento. Para essas situações, a norma proposta é benéfica, pois amparará o servidor público incumbido de realizar o ato administrativo, salvaguardando-o desse tipo de ameaças.

É preciso dar mais segurança jurídica aos servidores públicos, a fim de que as ameaças a que estão constantemente sujeitos sejam minoradas. Deve-se recuperar a autoridade da Administração Pública nesse sentido.

Além do veto aplicado ao inciso II do §1º, que estabelecia a possibilidade de transação quanto a sanções e créditos, foi também vetada a possibilidade de a Administração Pública recorrer diretamente ao Poder Judiciário para consolidar ainda mais a segurança jurídica envolvida. O texto vetado possuía a seguinte redação:

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

O veto visou evitar mais ampla judicialização da matéria, o que é adequado, porém reduziu a possibilidade de segurança jurídica na análise do tema.

Entendo como alvissareiro o art. 28 da norma, a despeito dos vetos apostos aos seus parágrafos. O que dele restou foi o *caput*, assim grafado:

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

Não é adequado que o Tesouro Público arque com as despesas de ressarcimento de danos em razão de atos praticados de forma dolosa. O servidor que age com dolo deve ser diretamente responsabilizado por isso. Identificar o dolo é um problema, mas que se consegue fazer a partir da análise do caso concreto, existindo forte amparo no direito sancionatório, penal e administrativo, para apuração desse tipo de condutas. Desnecessário dizer, por óbvio, que para a apuração desse tipo de conduta devem ser respeitadas todas as garantias processuais, dentre elas a da ampla defesa e do contraditório.

Problema maior é a identificação do que seja erro grosseiro, conceito indeterminado, que traz um halo de incertezas muito mais amplo. Claro que, uma vez identificado,

o que requer uma apuração específica e com respeito às garantias processuais, o causador do dano deve ser pessoalmente responsabilizado.

O §1º, que foi vetado, em muito auxiliaria na identificação do que seria um *erro grosseiro*, pois estava assim redigido:

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

Mesmo tendo sido vetada essa disposição, parece adequado supor que sua conceituação venha a ser usada doutrinariamente para subsidiar o conceito a ser utilizado na análise do caso concreto.

Logo, se a decisão for fundamentada, mesmo que em decisões jurisprudenciais não pacificadas, e com base doutrinária, não haverá erro grosseiro.

No mesmo sentido, os §§2º e 3º, igualmente vetados, traziam preceito muito favorável ao servidor público cuja conduta viesse a ser enquadrada na hipótese prevista no caput, pois ampararia sua defesa judicial através da advocacia pública:

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

§ 3º Transitada em julgado decisão que reconheça a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, o agente público ressarcirá ao erário as despesas assumidas pela entidade em razão do apoio de que trata o §2º deste artigo.

Nesse sentido, o veto aposto a esses dois parágrafos foi nefasto, pois o servidor terá que arcar às suas expensas com a defesa. Isso é ruim e dificultará a ultrapassagem do *apagão das canetas*. Se esse servidor precisasse se defender em juízo, as despesas com sua defesa seriam pagas pelo Erário. Se fosse comprovado *judicialmente* o dolo ou o *erro grosseiro*, o servidor indenizaria os gastos públicos efetuados; caso contrário, nada gastaria. O texto não diferenciava o *servidor-bagrinho* do *servidor-tubarão* – todos teriam direito ao custeio de sua defesa. Isso alcançaria desde o motorista-servidor público, que dirige um carro público e se envolve em uma colisão de trânsito, até o Presidente da República. Os parágrafos poderiam ter excluído aqueles que exercem certas funções, mas não o fez e foram vetados na íntegra.

O art. 29 trata da possibilidade de ser realizada consulta pública em caso de edição de certos atos normativos, o que, como mencionado, é uma *faculdade* bem-vinda, e não uma obrigação.

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

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

Esta norma é muito bem vinda, e labora na linha do que determina o Decreto 8.243/14, que instituiu a Política e o Sistema Nacional de Participação Social. Traz maior transparência ao processo decisório, desde que seja dada ampla publicidade às audiências quando forem realizadas.

Foi vetado o §2º desse artigo, que assim dispunha:

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

Não se justifica o veto aposto. Tal prescrição ampliaria a justificativa pela adoção do ato e aumentaria a publicidade e a transparência, que bem poderiam ter sido privilegiadas.

Por fim, o art. 30 é muito mais um repto, uma conclamação, do que uma verdadeira norma com efeitos cogentes:

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

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

O texto determina que as autoridades públicas devam atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas – o que é de todo benfazejo. Agir com transparência e obedecendo às suas próprias determinações é uma medida para ampliar a segurança jurídica.

Um exemplo vale mais do que mil palavras. Veja-se o acórdão 2375/2018 do TCU, assim ementado:

Direito Processual. Julgamento. Fundamentação. Princípio do livre convencimento motivado. Não há direito adquirido a determinado entendimento ou à aplicação de determinada jurisprudência do TCU, **devendo prevalecer, em cada julgamento, a livre convicção dos julgadores acerca da matéria.** (grifos apostos).

O Código de Processo Civil de 1973, já revogado, dispunha em seu art. 131 que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. A norma versava expressamente sobre o princípio do livre convencimento motivado.

O CPC/2015, ora vigente, passou a dispor em seu artigo 371 que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Ou seja, não

basta alegar livre convencimento, é necessário que, em face das provas constantes dos autos, seja exposta sua motivação, de forma justificada, embasando-a na lei – e, a partir da vigência da LINDB, por força dos arts. 20 e 21, deve-se também expor as possíveis consequências decorrentes das decisões adotadas. A partir daí se poderá aumentar o controle, inclusive sobre os atos dos controladores.

A ideia de livre convicção é negativa, pois gera muita incerteza jurídica, conforme aponta Lenio Streck<sup>27</sup>. É necessário se ater ao direito, em especial, porém não exclusivamente, ao direito normatizado. Livre convencimento implica em dizer que a decisão é de acordo com o que pensa o magistrado ou a composição eventual da Corte, à míngua de justificação legal e das consequências do ato – o que é inadequado.

### 3. CONCLUSÃO

A alteração efetuada na LINDB ampliou a segurança jurídica no direito público brasileiro, reforçando o respeito pelo princípio da legalidade e reduzindo a incerteza em sua aplicação. Trata, fundamentalmente, da hermenêutica jurídica a ser aplicada às normas de direito público, que alcança as esferas administrativa, controladora e judicial, além de regular a responsabilidade dos servidores públicos que agem com dolo ou cometem erros grosseiros.

É uma imposição jurídica para controlar, através do direito, não só os aplicadores diretos das normas, no âmbito administrativo, mas também quem controla sua aplicação, seja nos Tribunais de Contas, seja no Poder Judiciário. É, assim, a afirmação de uma forma de controle dos controladores.

### 4. REFERÊNCIAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- CHISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Orçamento Público e controle de constitucionalidade. Argumentação consequentialista nas decisões do STF*. Editora Lumen Juris Direito. Rio de Janeiro. 2016.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria e prática das multas tributárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. 2. ed. São Paulo: RT, 1977.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Poder político e capitalismo*. *Boletim de Ciências Econômicas*, v. LVII, tomo I. Coimbra: Coimbra Ed., 2014.
- FILGUEIRAS, Fernando; AVRITZER, Leonardo. *Corrupção e controles democráticos no Brasil*. In: CARDOSO JR., José Celso; BERCOVICI, Gilberto (orgs.). *República, democracia e desenvolvimento – contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2013.

<sup>27</sup> STRECK, Lenio et al. *O fim do livre convencimento motivado*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1968.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 33. ed. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOLDBERG, Daniel. *O Brasil está parando*. Entenda por quê. Como combater a corrupção sem paralisar o Governo. Disponível em <https://braziljournal.com/o-brasil-esta-parando-entenda-por-que>, último acesso em 08 de outubro de 2018.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1982.

PINTO, Elida Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação* – Uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte, Fórum, 2015.

PLATÃO. *A República*. Tradução Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Pará, 1976. (Livro I, 347-c).

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio et al. *O fim do livre convencimento motivado*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

## **A NATUREZA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO PROCESSO DE CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL E A AUSÊNCIA DE PADRONIZAÇÃO/SISTEMATIZAÇÃO DOS REGULAMENTOS PROCESSUAIS: ENSAIOS DE UMA UNIFORMIZAÇÃO PROCESSUAL À LUZ DOS MODELOS ITALIANO, PORTUGUÊS E ESPANHOL**

Glaydson Santo Soprani Massaria<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O presente artigo objetiva anunciar as condições teóricas indutoras de um conjunto normativo processual único em âmbito nacional e demonstrar a necessidade de se promover as mudanças legislativas para alcançar-se a padronização/sistematização dos regulamentos processuais no Brasil. Para o alcance do objetivo proposto, relevante analisar a natureza jurídica constitucional e a fragmentação dos ritos processuais originados da profusão de normas regulamentadoras do exercício das funções do Tribunal de Contas, editadas por cada Ente federado brasileiro, bem como expor os problemas efetivos e potenciais que se apresentam no curso do processo de controle externo, sobretudo a inobservância do princípio da segurança jurídica e o constante desrespeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Sob tal perspectiva, buscaremos demonstrar que os padrões normativos processuais aplicáveis ao *Tribunal de Cuentas Español, Tribunal de Contas Português e Corti dei Conti Italiana* (que são nacionais e sujeitos a uma norma processual uniforme) poderão ser utilizados como parâmetro na análise dos “sistemas normativos processuais” que regulamentam o funcionamento dos Tribunais de Contas brasileiros (que não são nacionais e estão sujeitos a normas processuais editadas no âmbito dos entes federados aos quais estão vinculados) na construção de um Código de Processo de Contas Nacional.

**Palavras-chave:** Arts. 22, I, 71, 73 e 163, V, da Constituição Federal de 1988 - Controle Externo - Regulamentos Processuais - Código de Processo de Contas Nacional - Tribunal de Contas - Tribunal de Cuentas Español - Tribunal de Contas Português - Corti dei Conti Italiana.

### **ABSTRACT**

The present article aims to announce the theoretical conditions that lead to a single procedural normative set at national level and demonstrate the need to promote legislative changes in order to achieve the standardization / systematization of procedural regulations in Brazil. In order to achieve the proposed objective, it is relevant to analyze the constitutional legal nature and the fragmentation of procedural rites originating from the profusion of regulatory norms for the exercise of the functions of the Court of Auditors, published by each Brazilian federal entity, as well as to expose the actual and potential problems that are presented in the

<sup>1</sup> Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais. Atuou como Procurador-Geral do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais, Juiz de Direito do Estado da Bahia, Assessor do Auditor-Geral do Estado do Espírito Santo e Auditor do Espírito Santo. Especialista em Direito Público pela Universidade do Espírito Santo - UNESC e pela Faculdade de Direito de Vila Velha. Especialista em Auditoria pela Universidade de Brasília - UNB. Contato: [glaydson.masaria@gmail.com](mailto:glaydson.masaria@gmail.com).

course of the external control process, above all the non-observance of the principle of legal certainty and the constant disrespect to the constitutional guarantees of the adversarial system and full defense. From this perspective, we will try to demonstrate that the procedural normative standards applicable to the Spanish Court of Auditors, Portuguese Court of Auditors and Corti dei Conti Italiana (which are national and subject to a uniform procedural standard) can be used as a parameter in the analysis of “procedural” rules governing the operation of the Brazilian Audit Courts (which are not national and subject to procedural rules issued by the federated entities to which they are bound) in the construction of a National Accounts Process Code.

**Keywords:** Arts. 22, I, 71, 73 and 163, V, of the 1988 Federal Constitution - External Control - Procedural Regulations - National Accounts Process Code - Court of Accounts - Spanish Court of Accounts - Portuguese Court of Auditors - Corti dei Conti Italiana.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 impôs a qualquer pessoa natural ou jurídica, pública ou privada, que “utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos” ou pelos quais o Ente público responda, ou que, em nome deste, “assuma obrigações de natureza pecuniária” o dever de prestar contas perante o Tribunal de Contas. Diante disso, qualquer pessoa que se enquadre na situação delineada pode ser chamada a responder perante o Tribunal de Contas.

No exercício de suas competências jurisdicionais (art. 73), o Tribunal de Contas detém o poder de julgar as pessoas antes mencionadas, e caso reconhecida a prática de condutas ilegais na gestão dos recursos públicos, imputar as sanções definidas em lei, dentre as quais as penas de multa, de perda do cargo público, de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança e de perda de direitos políticos, além de condenar à devolução de valores quando derem causa a *“perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”*.

Para exercer seu Poder/Dever, o Tribunal de Contas deve seguir um roteiro processual que observe as garantias fundamentais (art. 5º), em especial: a garantia do *“contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”* (LV), a duração razoável do processo (LXXVIII), a publicidade dos atos processuais (LX) e assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (LXXIV).

Ocorre que no Brasil o modelo federativo às avessas (centrífugo) permitiu, diante da omissão da União em aprovar um Código Processual regulamentador do exercício das competências dos Tribunais de Contas, que cada ente federado editasse seus próprios atos normativos regulamentadores do processo de contas, que nem sempre respeitam as garantias constitucionais supracitadas.

Diante da profusão de ritos processuais, poucos são aqueles que se aventuram a doutrinar sobre o tema, gerando assim escassez de debates acadêmicos sobre a

temática. Além disso, a falta de uniformidade processual torna deletéria a tentativa de se construir um alinhamento de compreensão sobre a forma pela qual deve uma lei nacional ser aplicada. Em regra, os Tribunais de Contas acabam divergindo muito e inexistente instrumento jurídico que assegure uma terceira via em busca da melhor interpretação, ou seja, não existe um real duplo grau de jurisdição.

Não bastasse isso, a falta de um Código de Processo de Contas nacional e cogente muitas vezes permite que os Tribunais de Contas decidam a partir de caminhos processuais dissociados dos ditames constitucionais que, ao desaguiarem no Poder Judiciário, são declarados nulos.

Como bem delineado por António Cluny<sup>2</sup>, a responsabilização individual impõe o respeito às garantias constitucionais de natureza procedimental e processual que jamais podem ser afastadas a pretexto de alcançar maior eficácia e eficiência. Encontrar instrumentos jurídicos simples e claros e definir práticas capazes de conferir eficácia e eficiência ao processo de responsabilização pela má gestão dos recursos públicos, sem prejudicar a efetividade, devem constituir uma linha permanente de reflexão, estudos e reforma do sistema.

Posto isso, vê-se de extrema relevância a construção de um Código de Processo de Contas de nível nacional.

Destaca-se que os modelos italiano, espanhol e português estabelecem parâmetros processuais que se harmonizam com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, se adotadas pelos Tribunais de Contas brasileiros, contribuiriam para alcançar seus objetivos constitucionais, preservando a essência constitucional dos interesses públicos primários e secundários, do princípio da segurança jurídica e das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa em sua conotação material.

Em síntese, a polêmica que envolve o tema é justificada pelo fato de inúmeros doutrinadores, a partir de diversas bases teóricas, chegarem a resultados absolutamente díspares. Tais bases teóricas (daqueles que são a favor ou contra a autonomia do processo de contas) serão expostas ao longo do artigo, sendo o ponto de partida a exploração dos sistemas que regem ou regeram o(s) processo(s) e os contextos históricos e sociais nos quais estavam inseridos.

No contexto, o estudo empreendido buscará demonstrar que o processo deve ser visto como uma garantia contra os abusos estatais, sendo a lei processual de contas um necessário complemento do texto constitucional e não da lei substantiva. Ou seja, a lacuna deve ser colmatada por lei processual que concretize os valores constitucionais e afaste o erro *“psicológico de acreditar que uma mesma pessoa possa exercer funções díspares, como acusar, defender e julgar”*<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> CLUNY, António. *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas* – Contributos para uma Reflexão Necessária. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. 292p.

<sup>3</sup> GOLDSCHMIDT (1935, p.351) apud NOGUEIRA, Marco Aurélio; CHAGAS, Guilherme Castelhane. A iniciativa probatória do julgador à luz da Constituição Federal. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, vol. 14, n. 25, p. 323-359, jul./dez. 2015.

## 2. O PROFUSO MODELO PROCESSUAL DE CONTROLE EXTERNO DAS CONTAS PÚBLICAS NO BRASIL

Apesar da existência secular do Tribunal de Contas no Brasil, muito pouco se produziu no campo doutrinário nacional sobre o processo regulador de suas atividades, em especial pela ausência de um modelo normativo central de caráter impositivo a todos os entes federados, ou seja, um código nacional de processo de contas.

Uma investigação jurídica-histórica permite delinear os elementos que conduziram ao profuso modelo processual de controle externo das contas públicas no Brasil por parte dos Tribunais Contas.

Tal omissão legislativa, ao que parece, mesmo após o advento da Emenda à Constituição nº 40, de 2003, que deu nova redação ao inciso V do art. 163<sup>4</sup>, vem se sustentando na análise estanque da competência privativa da União para legislar sobre direito processual prevista no inciso I do art. 22<sup>5</sup> da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), ou seja, interpretando-o no contexto do próprio inciso e restringindo-a ao processo judicial.

Observe-se que se negou uma análise sistemática da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), qual seja, a combinação entre o inciso I do art. 22, o inciso V do art. 163 e os artigos 71<sup>6</sup> e 73<sup>7</sup>, da qual inevitavelmente decorreria a conclusão no sentido de que o exercício da jurisdição pelo Tribunal de Contas na fiscalização financeira da administração pública exige uma norma processual editada pela União, qual seja, o código de processo de contas.

A literatura dirigida ao controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, quando não silente sobre o aspecto processual objeto da presente pesquisa, o aborda de forma extremamente lacunosa e desconexa. A título de exemplo, Celso Antonio Bandeira de Mello, em sua obra *Curso de direito administrativo*<sup>8</sup>, dedica apenas 7 (sete) páginas (p. 967-974) à abordagem do controle externo a cargo do Tribunal de Contas, nos quais se restringe basicamente a parafrasear os artigos constitucionais.

Como dito inicialmente, diante da profusão de ritos processuais editados pelos Entes Políticos da Federação brasileira (União, 26 Estados, Distrito Federal e 2 Municípios),

4 Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

V - **fiscalização financeira** da administração pública direta e indireta; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)

5 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

6 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;

(...)

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

(...)

X - **sustar**, se não atendido, **a execução do ato impugnado**, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

(...)

7 Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. 1150p.

poucos são aqueles que se interessam em doutrinar sobre o tema, gerando assim escassez de debates acadêmicos sobre a temática. Além disso, a falta de uniformidade processual torna deletéria a tentativa de se construir um alinhamento de compreensão sobre o adequado rito processual a ser aplicado. Em regra, os Tribunais de Contas acabam divergindo muito e inexistente instrumento jurídico que assegure uma terceira via em busca da melhor interpretação, ou seja, não existe um real duplo grau de jurisdição.

### 3. A CONCEPÇÃO DOUTRINÁRIA ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA-CONSTITUCIONAL DO PROCESSO DE CONTROLE EXTERNO

Dentre os poucos autores que se dedicaram a escrever sobre a natureza jurídico-constitucional do processo de controle externo da Administração Pública no Brasil e a ausência de padronização dos regulamentos processuais, há enormes contradições que as tornam quase insuperáveis. Tais contradições, em regra, ora decorrem dos reflexos da teoria processual tradicional, que considera o processo como propriedade da justiça, ora da natureza do processo no âmbito do Tribunal de Contas.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes teve a oportunidade de perfilhar o caminho para a construção de um modelo processual uniforme, perpassando em parte pelas problemáticas tecidas neste artigo (segurança jurídica, razoável duração do processo, contraditório e ampla defesa), chegando inclusive a apresentar proposta de modelo normativo para se alcançar uma solução. No entanto, adotou como marco teórico a jurisdição como exclusiva do Poder Judiciário e a teoria pura da tripartição de Poderes, o que o levou a peregrinar em direção a proposições de remodelamento absoluto do sistema de controle externo, no qual o Tribunal de Contas passaria a integrar o Poder Judiciário.

Em sua pesquisa, Jacoby adverte que “No Brasil, em várias normas, inclusive na Constituição Federal, perlustra a idéia de que o Tribunal de Contas tem função judicante, fato que só não se consuma porque não integra, sob o aspecto formal, o Poder Judiciário” e registra a posição de Alfredo Buzaid no sentido de que o Tribunal de Contas “ora atua como órgão auxiliar do Congresso, ora como corporação administrativa autônoma, delegado do Legislativo e, até auxiliar do Judiciário, nunca, porém, Corte Judicante ou Corte de Justiça”<sup>9</sup>.

Celso Antonio Bandeira de Mello discorda da teoria processual tradicional, na esteira do pensamento do jurista austriaco Merkel e do italiano Carnelutti, afirmando que o processo, por sua própria natureza, pode dar-se nas funções legislativa e administrativa.

O reconhecimento de que haverá sempre um *iter* – inclusivo de começo, meio e fim – necessário, de direito, para o despertar e o concluir das manifestações estatais levou autores da maior qualificação intelectual

<sup>9</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Regime de controle jurisdicional de contas publicas*. Brasília: MP/TCDF, 1998. 65 p. p. 22-27.

a reconhecerem que processo e procedimento<sup>10</sup> não são patrimônio exclusivo, monopólio (...) da função jurisdicional. Existem também nas funções legislativa e administrativa, permitindo até que se fale, hoje, em um Direito Processual Administrativo.<sup>11</sup>

Vale observar que Merkel admite o **processo judicial** e o administrativo e Carnelutti reconhece a figura do processo em cada uma das funções públicas – legislativa, **jurisdicional** e administrativa, o que traz alerta para o uso das expressões: processo judicial e processo jurisdicional.

Merkel, autor a quem se atribui o mais relevante papel no exaltar-lhe a importância em análise referenciada ao Direito Administrativo, servia-se da terminologia “processo” para denominar tal itinerário sequencial. Este notável mestre, já em 1927, demonstrava com incontável lógica e inobjetable procedência que o processo não é fenômeno específico da função jurisdicional, mas ocorre na presença da lei, da sentença e do ato administrativo. São suas as seguintes palavras: “Todas as funções estatais e, em particular, todos os atos administrativos são metas que não podem ser alcançados senão por determinados caminhos. Assim, a lei é a meta a que nos leva a via legislativa e os **atos judiciais e administrativos são metas a que nos conduzem o procedimento judicial e o administrativo**”. Pouco além, aduziu: “A teoria processual tradicional considerava o processo como propriedade da justiça, identificando-o com o procedimento judicial (...) não é sustentável esta redução, porque **o processo, por sua própria natureza, pode dar-se em todas as funções estatais (...)**”. Linhas acima observara que o fenômeno processual existe quando “o caminho que se percorre para chegar a um ato constitui aplicação de uma norma jurídica que determina, em maior ou menor grau, não apenas a meta, mas também o próprio caminho, o qual, pelo objeto de sua normação, apresenta-se-nos como norma processual”.

[...]

Carnelutti igualmente disse que o processo não é privativo da função jurisdicional, assim como também não o é o procedimento, ambos se estendendo ao campo das funções legislativa e administrativa. Bartolomé Fiorini, outrossim, afirma que de a muito está superada a ideia de que as noções de processo e procedimento são próprias da órbita judicial. Aplicam-se a todas as funções do Estado. Royo Villanova observa que todas **as funções** do Estado não apenas têm de aplicar o Direito substancial, mas **devem fazê-lo segundo certos trâmites e formas**, de maneira a que a legalidade se realize por inteiro [...]<sup>12</sup>

Realmente apresenta-se extremamente complexo desvinciliar-se da teoria que dominou por décadas apregoando ser o processo ligado tão somente à jurisdição em seu sentido judicial (na vertente específica civilista liberal), motivo pelo qual muitos elementos da nova compreensão necessitam ser aperfeiçoados, dentre eles os contornos da jurisdição, pois, um dos equívocos encontrados na doutrina,

10 O autor adota a expressão processo e procedimento como sinônimos. (...) “Quanto a nós, tendo em vista que não há pacificação sobre este tópico e que em favor de uma milita a tradição (“procedimento”) e em favor de outra a recente terminologia legal (“processo”), daqui por diante usaremos indiferentemente uma da outra.”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. 1150p. p.500.

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. 1150p. p. 501.

12 Idem. Ibidem. p.501-502.

a partir do reconhecimento da existência de uma “processualidade ampla”, foi o de, aparentemente objetivando ampliar o alcance do processo, restringí-lo ao processo judicial, administrativo e legislativo.

Visivelmente a fonte dessa limitação encontra-se na interpretação da divisão das funções do Estado, feita por uma parte relevante da doutrina, em legislativa, administrativa e jurisdicional (no sentido de judicial), seguindo, assim, o modelo tripartite de Montesquieu. Nessa linha apresentam-se os escritos de Celso Antonio Bandeira de Mello:<sup>13</sup>

(...) Comece-se por dizer que função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do **dever** de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.

Em nosso tempo histórico, no mundo ocidental, prevalece esmagadoramente na doutrina a afirmação de que há uma **trilogia de funções** no Estado: a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a **jurisdicional**. (...)

Com se sabe, as **funções** legislativas, administrativas (ou executivas) e **judiciais** estão distribuídas, entre três blocos orgânicos, denominados “Poderes” (...)

Dentro desta construção ideológica, que ganhou enorme e proveitosa aceitação, é fundamental dividir-se o exercício desta aludida função entre diferentes órgãos. Sem embargo, nos vários Direitos Constitucionais positivos – e assim também o brasileiro – sua distribuição não se processa de maneira a **preservar com rigidez absoluta a exclusividade de cada órgão no desempenho da função que lhe confere o nome**. (...)

Miguel Seabra Fagundes, por sua vez, ressalta que a “divisão das funções estatais, correspondente à existência de três órgãos, é hoje adotada por quase todas as organizações políticas” e alerta para o fato de que frequentemente “se recrimina o publicista do *Espírito das leis*, à vista dos defeitos que a divisão de poderes (...) convertida em separação irracional tem acarretado”<sup>14</sup>.

Gustavo Binen Bojm, em nota de atualização da doutrina de Miguel Seabra Fagundes, alerta que “o princípio da separação dos poderes merece releitura diante de um novo Estado, entendendo-se que tal preceito, muito mais que postulado da ciência política, é norma jurídica, e como tal deve ser interpretada. Por outro lado, a separação de poderes possui ainda um núcleo duro essencial”.<sup>15</sup>

Miguel Seabra Fagundes avança sobre a temática da jurisdição **versus** administração para tecer o seu ponto de vista diferenciador à luz da tripartição dos poderes.

Em tese que ofereceu a debate na VII Conferência Interamericana de Advogados (São Paulo, 1954), Celestino Sá Freire Basílio, reportando-se à concepção de Roger Bonnard, segundo a qual a função judicante se caracteriza pela remoção das situações contenciosas surgidas a

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. 1150p. p. 29-32.

14 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualização até 2010 Gustavo Binen Bojm. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. 537p. p.3, Nota de rodapé 2.

15 Idem. Ibidem. p. 6

propósito da atuação dos direitos subjetivos, pondera: **“não é no surgimento da situação contenciosa, pela defesa de um direito subjetivo, que se apóia a função jurisdicional**, como quer Bonnard mas em outro elemento de valor intrínseco muito maior, qual seja o da natureza da eficácia do **ato administrativo**, essa aptidão do fato para produzir, em virtude de seus requisitos, efeitos jurídicos, e também do evento em converter-se em situação jurídica final – ato jurídico – no conceito de Carnelutti”. (grifamos)

E conclui **“que o exercício da função jurisdicional reside na declaração de eficácia do ato jurídico ou na sua negação. Esse o conteúdo material de que a situação contenciosa é mero procedimento”**.<sup>16</sup> (grifamos)

[...]

O procedimento do Estado, por meio da função jurisdicional, muito se assemelha, como elemento de individualização da lei, ao que é praticado por meio da função administrativa. A função jurisdicional, tanto quanto a administrativa, determina ou define situações jurídicas individuais. A primeira vista ela se confundiria com a Administração como função realizadora do direito, pois que o ato jurisdicional é tipicamente um ato de realização do direito pela individualização da lei. Expressa a vontade do Estado, pelo preceito normativo, todos os atos destinados a fazê-la são, sem dúvida, atos de execução, quer os que aparecem como resultados do exercício da função administrativa, quer os decorrentes da atividade jurisdicional. Mas o *momento* em que é chamada a intervir a função jurisdicional, o *modo* e a *finalidade*, por que interfere no processo realizador do direito, é que lhe dão os caracteres diferentes. O seu exercício só tem lugar quando exista conflito a respeito da aplicação das normas de direito, tem por objetivo específico removê-lo, e alcança sua finalidade pela fixação definitiva da exegese.<sup>17</sup>

[...]

Embora o exercício da função jurisdicional não coincida em tudo com as atribuições do Poder Judiciário, órgão do poder público que lhe corresponde nominalmente na estrutura do Estado, é seguindo a marcha para a autonomia progressiva dos elementos incumbidos de distribuir justiça que bem se pode acompanhar o seu lento processo de cristalização. [...] Na Inglaterra, como na França, primeiro se manifesta a separação das funções do Estado em dois ramos (legislação e administração) [...] Quando Montesquieu expende a teoria da divisão dos poderes, ainda as instituições inglesas da época, nas quais se inspirou, não continham, nitidamente, a tripartição dos poderes públicos. [...] A distribuição da justiça se tornou então autônoma e começou a existir a jurisdição como função do Estado, com papel distinto no processo executivo do direito. [...].<sup>18</sup>

José dos Santos Carvalho Filho leciona que “a cada um dos Poderes de Estado foi atribuída determinada função”.

Entretanto, não há exclusividade no exercício das funções pelos Poderes. Há, sim, preponderância. [...]

Por essa razão é que os Poderes estatais, embora tenham suas funções normais (*funções típicas*), desempenham também funções que

<sup>16</sup> Idem. Ibidem. p.12. Nota de rodapé 11.

<sup>17</sup> Idem. Ibidem p. 13-15.

<sup>18</sup> Idem. Ibidem p.14. Nota de rodapé 14.

materialmente deveriam pertencer a Poder diverso (*funções atípicas*), sempre, é óbvio, que a Constituição autorize.

O Legislativo, por exemplo, além da função normativa, exerce a função **jurisdicional** quando o Senado **processa e julga** o Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I, CF) ou os Ministros do Supremo Tribunal Federal pelos crimes de responsabilidade (art. 52, II, CF). [...] (grifamos)

[...]

[...] A **função jurisdicional** típica, assim considerada aquela por intermédio da qual conflitos de interesses são resolvidos com o cunho de **definitividade** (*res iudicata*), é praticamente monopolizada pelo Judiciário, e só em casos excepcionais, como visto, e expressamente mencionados na Constituição, é ela desempenhada pelo Legislativo.

[...] onde não há a criação de direito novo ou solução de conflitos de interesses na via própria (judicial), a função exercida, sob o aspecto material, é a administrativa.<sup>19</sup>

O Tribunal de Contas, por disposição constitucional exerce função jurisdicional<sup>20</sup>, não sendo nem administrativa nem judicial. Se num primeiro momento era razoável a inserção do controle das contas públicas no contexto da Administração, a evolução do sistema constitucional gerado pelas drásticas mudanças sociais ocorridas nas últimas três décadas impõe uma necessária releitura, impulsionada por um fenômeno idêntico ao que ocorreu com a função judicial.

### 3.1. A PROCESSUALIDADE DO TRIBUNAL DE CONTAS

A par da já aparente contradição entre limitar as divisões de funções com atrelamento a cada uma delas o exercício por um “Poder” específico e afirmar que não há rigidez absoluta quanto a “exclusividade de cada órgão no desempenho da função que lhe confere o nome”<sup>21</sup>, decorre um segundo equívoco de grande relevância para o presente estudo, o de inserir a processualidade do Tribunal de Contas no processo administrativo, quando por expressão da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) o Tribunal de Contas é órgão dotado de jurisdição, sendo, portanto, órgão jurisdicional, tal como o Poder Judiciário, com o qual não se confunde, nem o integra.

Pontes de Miranda já alertava para a função jurisdicional do Tribunal de Contas, reconhecendo-lhe atributos judiciais, desde a Constituição de 1891, independente de sua posição entre Poderes.

O Tribunal de Contas, segundo a Constituição de 1891, (...) Tratava-se, pois, de auxiliar do Congresso Nacional, que, em nome do legislador e por conta dele, procedia. Órgão de fiscalização do Poder Executivo - e não **órgão do Poder Executivo**. Órgão de cooperação ou de auxílio, sim, porém não do Poder Executivo - do Poder Legislativo.

[...]

19 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. ver. ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012. 1250p. p. 3-5.

20 A Constituição de 1988, a par de atribuir ao Tribunal de Contas a função jurisdicional como primordial no caput do art 73 e no inciso II, VIII, IX e X do art. 71, também incluiu atribuições de controle externo de natureza não jurisdicional nos incisos I, III, IV, V, VI, VII e XI.

21 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. 1150p. p.248.

A Constituição de 1934 considerou-o órgão de cooperação nas atividades governamentais. (...) O acréscimo, em vez de o tornar órgão cooperador do Poder Executivo, acentuou o elemento judiciário que já êle tinha, inclusive pelo modo de composição e garantias dos seus membros (...).

[...]

a) A que poder pertencia o Tribunal de Contas de 1934? (...) Era órgão do Poder Executivo? Não fiscaliza o Poder Executivo. Se admitirmos que coopera com êle, seria exterior tal cooperação, delimitadora, cerceante, restrigente. Cooperação de órgãos heterogêneos. Era órgão do Poder Judiciário? A composição dele era, não havia dúvida, a de órgão do Poder Judiciário (art. 100 e parágrafo único). Não estava, porém, compreendido na expressão “tribunais federais” do art. 81, muito embora o estivesse na expressão “tribunais federais” dos arts. 70, §§ 1.º e 2.º; e 76, 1), *f*). Era órgão do Poder Legislativo? Em parte: as suas atribuições de 1891, que conservava, eram de órgão auxiliar do Poder Legislativo, especialmente da Câmara dos Deputados, a que incumbia a tomada de contas (arts. 29, 56, 4.º, e 57, *f, g e h*); mas a que se lhe acrescentou em 1934 o fêz órgão auxiliar do Poder Judiciário: julgava contas de funcionário e mais pessoas responsáveis por dinheiros e bens públicos. Em órgão do Poder Judiciário, *sui generis*; órgão, também, *sui generis*, do Poder Legislativo.

**Criação posterior à teoria da separação dos poderes e fruto da prática, destoa das linhas rígidas da tripartição.”**

[...]

b) A que poder pertencia o Tribunal de Contas na Constituição de 1937? (...) Ao Poder Judiciário, posto que de modo especial, como função, sim; como órgão, não. Era um tribunal e julgava. Não importa o caráter à parte que teve; isso não lhe tirava a função de julgar. (...) A Constituição de 1946 teve o tribunal de Contas como órgão (auxiliar) do Poder Legislativo, tal como defendíamos, de *iures condendo*. Mas a de julgar ficou-lhe. No plano material, era corpo judiciário; no formal, corpo auxiliar do Congresso Nacional.

O texto constitucional de 1967 pôs no Poder Legislativo o Tribunal de Contas (...)

Retirou-se quase toda a função judiciária do Tribunal de Contas<sup>22</sup> (...).

Como bem delineada pelo Min. Ayres Britto, ecoando Pontes de Miranda<sup>23</sup> no contexto da Constituição de 1988, a natureza jurídico-política dos Tribunais de Contas é de órgãos que integram diretamente a pessoa jurídica da União, do Estado e do Município, conforme o caso, não fazendo parte de nenhum dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judicial), ou seja, estão ao lado destes.

[...] o Tribunal de Contas da União não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo. Quem assim me autoriza a falar é a Constituição Federal, com todas as letras do seu art. 44, litteris: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” (negrito à parte). Logo, o Parlamento brasileiro não se compõe do Tribunal de Contas da União. Da sua estrutura orgânica ou formal deixa de fazer parte a Corte Federal de Contas e o mesmo é de se dizer para a dualidade Poder Legislativo/

22 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967 com a Emenda no 1/69*. Tomo III. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. 648p. p. 246-254.

23 “Criação posterior à teoria da separação dos poderes e fruto da prática, destoa das linhas rígidas da tripartição”. Idem. *Ibidem*. p. 246-254.

Tribunal de Contas, no âmbito das demais pessoas estatais de base territorial e natureza federada.

[...]

A referência organizativo-operacional que a Lei Maior erige para os Tribunais de Contas não reside no Poder Legislativo, mas no Poder Judiciário. Esta a razão pela qual o art. 73 da Carta de Outubro confere ao Tribunal de Contas da União, “no que couber”, as mesmas atribuições que o art. 96 outorga aos tribunais judiciários. Devendo-se entender o fraseado “no que couber” como equivalente semântico da locução *mutatis mutandis*; ou seja, respeitadas as peculiaridades de organização e funcionamento das duas categorias de instituições públicas (a categoria do Tribunal de Contas da União e a categoria dos órgãos que a Lei Maior da República eleva à dignidade de um tribunal judiciário).

[...]

Diga-se mais: além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. Como salta à evidência, é preciso medir com a trena da Constituição a estatura de certos órgãos públicos para se saber até que ponto eles se põem como instituições autônomas e o fato é que o TCU desfruta desse altaneiro status normativo da autonomia.

[...] O TCU se posta é como órgão da pessoa jurídica União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais. Exatamente como sucede com o Ministério Público, na legenda do art. 128 da Constituição, incisos I e II.<sup>24</sup>

Evidente, portanto, que a processualidade do Tribunal de Contas encontra-se inserida no campo jurisdicional, que numa vertente expressa a processualidade judicial e na outra a processualidade de contas. Já não se mostra cabível a concepção vetusta de somente o Poder Judiciário exercer jurisdição.

José dos Santos Carvalho Filho, ao abordar sobre os tipos de controles, em raciocínio que contraria a posição constitucional do Tribunal de Contas como órgão de Controle Externo da Administração Pública, afirma ser a Corte de Contas um órgão do Poder Legislativo que fiscaliza externamente o Poder Judiciário e o Poder Executivo. Isso nos levaria a concluir que o Tribunal de Contas seria um órgão de controle interno do Poder Legislativo, o que seria absurdamente inconstitucional.

O **controle legislativo** é aquele executado através do Poder Legislativo sobre os atos da Administração Pública. [...] Exemplo desse controle é o exercido pelos Tribunais de Contas, órgão de controle financeiro que integram o Legislativo das diversas esferas da federação.

O **controle judicial** é o levado a efeito pelo Poder Judiciário. [...]

[...] o **controle administrativo** é o que se origina da própria Administração Pública. Significa aquele poder que têm os órgãos que a compõem, de fiscalizarem e reverem seus próprios atos, controle, aliás, normalmente denominado de **autotutela**. [...] <sup>25</sup>

[...]

24 BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 9, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de abr. de 2017.

25 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. ver. ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012. 1250p. p. 931.

[...] É o controle externo que dá bem a medida da harmonia que deve reinar entre os Poderes, como o impõe o art. 2º da CF. Por envolver aspectos que de alguma forma atenuam a independência entre eles, esse tipo de controle está normalmente contemplado na Constituição. É o caso do controle do Judiciário sobre os atos do Executivo em ações judiciais. Ou do Tribunal de Contas sobre atos do Executivo e do Judiciário.

[...]

Note-se, por oportuno, que o controle legislativo abrange basicamente os atos do Poder Executivo e alguns atos do Poder Judiciário. É lógico que o Legislativo exerce também o controle sobre sua administração, mas esse controle é interno, diversamente do que exerce sobre os demais Poderes, que é externo.<sup>26</sup>

[...]

A outra é o **controle externo**. Este é exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, como enuncia o art. 71 da CF. O Tribunal de Contas é um órgão que integra a estrutura do Poder Legislativo e, por isso mesmo, sua atuação é de caráter **auxiliar e especializado**, porque colabora com o Legislativo e tem a atribuição específica de exercer esse tipo de controle.<sup>27</sup>

Por óbvio que o Tribunal de Contas não faz parte da estrutura do Poder Legislativo e seguindo as diferenciações apresentadas pelo autor, não se trata de controle legislativo, judicial ou administrativo da Administração Pública. A uma porque não faz parte do Poder Legislativo, sendo controlador autônomo, que teleologicamente acaba auxiliando o Poder Legislativo em seu papel de controle. A duas porque não faz parte do Poder Judiciário e, portanto, não exerce o controle judicial. A três porque não faz parte da estrutura administrativa de nenhum dos Poderes. Tanto é assim que Constituição lhe outorgou a competência jurisdicional, que não se confunde com judicial.

Num esforço atípico em busca de afastar o Tribunal de Contas do campo da autonomia e da posição política de órgão jurisdicional de controle externo da Administração Pública, ou seja, de impor um raciocínio reducionista do plexo normativo constitucional, José dos Santos Carvalho Filho, chegou a afirmar que:

“O termo *judgar* no texto constitucional não tem o sentido normalmente atribuído aos juízes no exercício de sua função jurisdicional. O sentido do termo é o de *apreciar, examinar, analisar* as contas, porque a função exercida pelo Tribunal de Contas na hipótese é de caráter eminentemente administrativo”.<sup>28</sup>

Para o doutrinador, o que significa então condenar ao ressarcimento ao erário, decretar a perda do cargo público, declarar a inidoneidade para contratar com o poder público?

As literaturas, em regra, aparentemente focadas na concepção de jurisdição ser exclusividade do Poder Judiciário, embaralham os conceitos de processo e procedimento jurisdicional (gênero) e processo e procedimento judicial (espécie),

<sup>26</sup> Idem. Ibidem. p. 989.

<sup>27</sup> Idem. Ibidem. p. 992.

<sup>28</sup> Idem. Ibidem. p. 995.

do qual este é espécie daquele. Na esteira do explicitado no art. 73 da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), está-se diante de autêntico processo integrante do gênero jurisdicional, uma vez que o Tribunal que irá dele lançar mão detém jurisdição (Art. 73. O Tribunal de Contas da União [...] e **jurisdição** em todo o território nacional [...]). As distinções decorrem pura e simplesmente “da natureza diferente das finalidades de cada um e da diferente posição e caráter dos órgãos cuja atividade disciplinam”<sup>29</sup>. Sendo um processo jurisdicional, não se pode rotulá-lo de *sui generis* nem de processo administrativo.

Nessa linha o Min. Ayres Britto preconiza que “os processos instaurados pelos Tribunais de Contas têm sua própria ontologia. São processos de contas, e não processos parlamentares, nem judiciais, nem administrativos”<sup>30</sup>. Alerta-se nesse ponto que o Min. Ayres Britto acertadamente não usa nessa sua afirmação a expressão jurisdicional, mas sim “judiciais”. Disse-se isso porque a Jurisdição não se limita a Judicial. Da função Jurisdicional, que nos permite afirmar existir um gênero que se denomina “Processo Jurisdicional”, deriva os subprodutos Processo Judicial e Processo de Controle Externo (ou de Contas).

A Constituição da República Federativa do Brasil já delineou claramente o espaço do Tribunal de Contas ao dotá-lo de Jurisdição. Assim, as suas decisões são dotadas de inafastabilidade, não se aplicando o art. 5º, XXXV, porquanto este prevê que a “lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito”, ou seja, quem excluiu do alcance do Poder Judiciário foi a própria Constituição.

Apesar dessa clareza constitucional, há doutrinadores que insistem em interpretar a Constituição da República com os olhos reducionistas de que a Jurisdição é monopólio do Poder Judiciário. Ao fazerem isso, naturalmente, ficam míopes ao fato de que a Constituição da República estabeleceu os limites do Poder Judiciário para a revisão das decisões dos Tribunais de Contas. Assim, não se apresenta adequado amparar-se na vedação do art. 5º, XXXV, da Constituição, para o qual nenhuma norma infraconstitucional (lei) poderá definir matérias não sujeitas ao controle pelo Poder Judiciário (controle judicial).

Tal dispositivo deixa cristalina a reserva constitucional para essa matéria, que até é possível, com relevante esforço hermenêutico, atribuir ao termo lei a generalidade suficiente para alcançar também as Emendas Constitucionais. Assim restaria classificada a norma constitucional como cláusula pétrea.

Mesmo que toda essa engenharia hermenêutica obtivesse êxito, jamais alcançaria as decisões emanadas dos Tribunais de Contas, uma vez que o próprio texto originário atribuiu natureza jurisdicional às decisões dos Tribunais de Contas e, portanto, ordinariamente a sua inafastabilidade pelo Poder Judiciário. Ressalta-se a expressão

29 GAROFANO, Rafael Roque. *Democracia administrativa no limiar do século XXI: a extensão da processualidade rumo à democratização da Administração Pública*. Âmbito Jurídico. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11208](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11208). Acesso em: 15 maio 2017.

30 BRITTO, Carlos Ayres. *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dez. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15 de abr. de 2017.

ordinariamente porque ao Poder Judiciário, extraordinariamente, via controle judicial da constitucionalidade, é atribuído o poder de declarar nula qualquer decisão exarada de si mesmo e dos demais órgãos e poderes.

Sob a égide da Constituição de 1969, Seabra Fagundes alertava que a “Constituição Federal impõe, quase integralmente, a unidade jurisdicional para o controle da Administração Pública”<sup>31</sup> e ressaltava que “somente em casos estritamente previstos na própria Constituição (...), haverá situações contenciosas, nascidas de atos da Administração Pública ou indiretamente com eles relacionados, capazes de ensejar apreciação de natureza jurisdicional por órgãos estranhos ao Poder Judiciário”<sup>32</sup> e citou existir duas exceções restritas ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário.

Duas exceções restritas admite a Constituição ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário, no que concerne à matéria contenciosa administrativa.

A primeira diz respeito aos crimes de responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros de Estados, quando conexos com os desse, e dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. O seu julgamento competirá ao Congresso.

A segunda (...) se refere ao julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis pela guarda ou aplicação de bens ou fundos públicos atribuídos ao Tribunal de Contas.<sup>33</sup>

[...]

Não obstante isso, o art. 70, § 4º, lhe comete o julgamento da regularidade “das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos”, o que implica investi-lo no parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra *julgamento*, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. Sob esse aspecto restrito (...) a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo.<sup>34</sup>

Gustavo Binen Bojm, em nota de atualização da doutrina de Miguel Seabra Fagundes<sup>35</sup>, ressaltou que o exemplo do Tribunal de Contas não se aplica na vigência da Constituição de 1988, por força do art. 5º, XXXV. Ocorre que o revisor não se atentou para o fato de que a exceção decorre do próprio texto constitucional e não de norma infraconstitucional, ou seja, de que a generalidade do referido inciso somente é cabível nas hipóteses em que a Constituição não tenha tratado de forma diversa.

Pontes de Miranda já afirmava que “Desde 1934, a função de julgar as contas estava, claríssima, no texto constitucional. Não havíamos de interpretar que o Tribunal de Contas julgasse, e outro juiz as rejugasse depois. Tratar-se-ia de absurdo bis in idem. Ou o Tribunal julgava, ou não julgava.”<sup>36</sup>

31 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualização até 2010 Gustavo Binen Bojm. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. Nota de rodapé 3. 537p. p.159.

32 Idem. Ibidem. p.166

33 Idem. Ibidem. p. 166-167

34 Idem. Ibidem. p.170

35 Idem. Ibidem. p. 167

36 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967 com a Emenda no 1/69*. Tomo III. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. 648p. p. 251.

Celso Antonio Bandeira de Mello, no entanto, ao continuar sua profecia sobre o tema discorre que “o critério adequado para identificar as funções do Estado é o critério formal, ou seja, aquele que se prende a características impregnadas pelo próprio Direito à função tal ou qual”<sup>37</sup> e que a função jurisdicional é exclusiva do Poder Judiciário.

Função *jurisdicional* é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de “coisa julgada”, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.<sup>38</sup>

Em outra passagem de sua obra, Celso Antonio Bandeira de Mello, ao falar de alguns sistemas europeus, nos quais existem Tribunal de Contas que exercem plenamente a jurisdição (aceita pelo doutrinador), reserva-se a citar a jurisdição do Conselho de Estado, generaliza os órgãos independentes, e os incluem indevidamente na Administração, ou seja, mantém-se fiel as suas percepções construídas em outro tempo histórico-social-político-normativo.

Certas parcelas do campo recoberto pela função administrativa, isto é, certos capítulos do Direito Administrativo são excluídos de sua órbita de estudos e tratados em apartado, como ramos do Direito – caso do “Direito Tributário”, do “Direito Financeiro”, do “Direito Previdenciário” – conquanto se constituam em unidades temáticas tão sujeitas ao regime jurídico administrativo como quaisquer outras. (...) <sup>39</sup> p. 37-38

[...]

(...) a ideia base inicialmente considerada como o fator de desencadeamento do Direito Administrativo e polo aglutinador de seus vários institutos foi a ideia de *puissance publique*, isto é, da existência de poderes de autoridade detidos pelo Estado e exercitáveis em relação aos administrados. (...) <sup>40</sup>

[...]

(...) com Léon Duguit, uma linha de pensamento quase que inversa, pretendendo substituir a *puissance publique*, até então havida como noção matriz e polo aglutinador dos institutos de Direito Administrativo, pelo conceito de “serviço público” proposto como pedra angular deste ramo jurídico. <sup>41</sup>

[...]

O que importa sobretudo é conhecer o Direito Administrativo como um sistema coerente e lógico, investigando liminarmente as noções que instrumentam sua compreensão sob uma perspectiva unitária. p. 55

[...]

Partindo do universal para o particular, diríamos que o Direito Administrativo, entroncado que está no Direito Público, reproduz, no geral, as características do regime de Direito Público, acrescidas àquelas que o especificam dentro dele.

O regime de direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos

37 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. 1150p. p. 35.

38 Idem. Ibidem. p. 36.

39 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. 1150p. p. 37-38.

40 Idem. Ibidem. p. 44.

41 Idem. Ibidem. p. 44-45.

particulares considerados em sua individuada singularidade.<sup>42</sup>  
[...]

Nos países do continente europeu, em sua grande maioria, o controle jurisdicional da Administração, em relação à quase totalidade dos atos administrativos, não é feito pelo Poder Judiciário, mas por órgãos independentes e autônomos que, todavia, são integrantes da própria Administração. Dito modelo resulta de peculiaridades históricas próprias da vida daqueles países e da formação dos respectivos Direitos Administrativos.

Entre nós, que adotamos, neste particular – e felizmente –, o sistema anglo-americano, há unidade de jurisdição, isto é, cabe exclusivamente ao Poder Judiciário o exercício pleno da atividade jurisdicional. (...)<sup>43</sup>

Jorge Ulisses Jacoby, demonstra em sua doutrina uma contradição interna, qual seja, admite a exceção constitucional (que já existe no art. 73) e atêm-se à inafastabilidade da revisão judicial diante da impossibilidade de norma infraconstitucional criar excessão. Com isso admite a revisão judicial das decisões no exercício das demais funções públicas.

Parece unísono, entre nós – tanto no direito administrativo, quanto no processual –, o entendimento de que o Brasil adota o sistema de *jurisdição única*, ou inglês, significando que somente o Poder Judiciário exerce a função jurisdicional (...)

O ponto fundamental de arrimo para os estudiosos sustentarem a adoção pelo Brasil do sistema de jurisdição única é o atual art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, cujo teor, presente também nas constituições pretéritas, é indispensável lembrar: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

[...]

A disposição do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal tem por destinatário o legislador infraconstitucional, mas não veda que a própria Constituição, em dispositivo a ser coordenado, imponha o exercício da função jurisdicional a outro órgão não integrante do Poder Judiciário, ou, mais contundentemente, estabeleça que um determinado tipo de questão não seja objeto de apreciação judicial.<sup>44</sup>

[...]

Não se furta do conhecimento de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece ao Poder Judiciário o poder de revisão das decisões dos Tribunais de Contas, como cristalizado por Pontes de Miranda em 1970.

Desde 1896 que a regulamentação do Tribunal de Contas, conforme dissemos, lhe conferiu o julgamento das tomadas de contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos. Não estava isso, todavia, na Constituição, e **o Supremo Tribunal Federal, que, a princípio, dava inteiro valor às regras da legislação ordinária, passou a criar óbices à aceitação do Tribunal de Contas como julgador. Um tanto, como teremos, várias vezes, ensejo de mostrar, a luta entre o pensamento civilístico dos membros componentes da**

42 Idem. Ibidem. p. 55.

43 Idem. Ibidem. p. 89.

44 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competências*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 1004p. p. 151-152

**alta Côrte e os princípios de direito público.** Muito se falou, então, na unidade jurisdicional: não poderia haver duas Justiças; *uma lex, una iurisdictio*. A voz dos publicistas, como NUNO PINHEIRO e DÍDIMO DA VEIGA, pouco adiantava, no esclarecimento da missão do Tribunal de Contas, pela impenetrabilidade da **mentalidade de alguns juízes, forrada de princípios de direito civil e de direito processual comum.** (Grande espanto teriam tido os que se apegavam à tripartição dos poderes públicos se vissem funcionar o Tribunal de Contas do art. 79 da Constituição de 1934, julgando, em recursos, atos e decisões definitivas do Poder Executivo!).<sup>45</sup>

Na égide da nova ordem constitucional de 1988, pela linha da jurisprudência<sup>46</sup>, que apesar de reconhecer a possibilidade, limita-a a questões diversas da relativa ao mérito da decisão, deduz-se, em acréscimo aos apontamentos de Pontes de Miranda, que também é fruto de uma reação do Poder Judiciário ao alto nível de inconsistências nas decisões proferidas pelas Cortes de Contas, em especial, as decorrentes da falta de uma uniformização processual.

As consequências da ausência de uma adequada resposta aos anseios sociais são bem delineadas pelo Min. Ayres Britto.

O desiderato constitucional é este. **Se, na prática, os Tribunais de Contas ainda não corresponderam à confiança da gloriosa Lex Legum de 1988, trata-se de disfunção ou de defecção que urge corrigir.** Tal como se deu no âmbito do Ministério Público, instituição que, zelosamente guardada pela Constituição, da Constituição cuida com um tipo de zelo que mais e mais desperta na consciência coletiva toda admiração e todo aplauso. No que já está sendo seguido (o Ministério Público) por largos segmentos do Poder Judiciário, notadamente os formados por juízes singulares.<sup>47</sup>

Em um segundo momento, o Min. Ayres Britto esboçou a sua compreensão sobre

45 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967 com a Emenda no 1/69*. Tomo III. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. 648p. p. 250-251.

46 O Supremo Tribunal Federal firmou posição, na égide das Constituições anteriores à de 1988, no sentido de que as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas se sujeitam à revisão judicial quando: a) proferidas sem a observância das garantias processuais constitucionais do contraditório e ampla defesa, ou seja, aspecto formal substancial (MS 6.960, de 31.07.1959; e MS 7.280, de 20.06.1960) b) afrontem manifestamente a lei (MS 5.490, de 20.08.1958; MS 7.280, de 20.06.1960; e RE 67.127, de 30.04.1969) ou c) evada de abuso de poder (MS 5.490, de 20.08.1958).

Tal posicionamento se mantém hígido na vigência da Constituição de 1988, mormente quando o STF externou sua compreensão no MS 21.466, de 19.05.1993, no sentido de que “Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição republicana de 1891, foram investidos de poderes mais amplos, que ensejam, agora, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direta e indireta” e no MS 33.671, 11.09.2015, no sentido de que, “com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais vieram a ser investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente opção política feita pelo legislador constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessa Instituição surgida nos albores da República”. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal, na vigência da Constituição de 1988, reconheceu a tangibilidade das decisões do Tribunal de Contas pelo Poder Judiciário somente quando: a) proferidas sem observância das formalidades substanciais, em especial das garantias do contraditório e da ampla defesa (MS 24.510, de 19.11.2003; MS 25.116, de 08.09.2010; e MS 24.389, de 10.04.2012); e b) manifestamente afrontar a lei (MS 29.468, de 19.12.2010; e MS 34.705, de 29.09.2017).

O Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.390.236, de 08.04.2015 externou posicionamento no sentido de ser “cabível a revisão judicial das decisões dos Tribunais de Contas, se, dentro dos termos constitucionais, verificar-se lesão a um direito individual ou, ainda, no caso de ilegalidade. Em outros termos: uma vez que devem observância aos princípios constitucionais, as decisões proferidas em feitos das Cortes de Contas são passíveis de anulação pelo Poder Judiciário, quando daqueles se apartarem. Acresça-se que o mérito das decisões das Cortes de Contas não é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, a este órgão cabendo apenas analisar o aspecto legal e o procedimento adotado pelo referido Tribunal. Nesse tocante, não se pode olvidar o preceito da inafastabilidade da jurisdição, já que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito(art. 5º, XXXV, da CF/88).”

47 BRITTO, Carlos Ayres. *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <[http://direitopublico.com.br/pdf\\_9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-CARLOS-AYRES-BRITTO.pdf](http://direitopublico.com.br/pdf_9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-CARLOS-AYRES-BRITTO.pdf)>. Acesso em: 15 abr. de 2017.

a possível revisão das decisões dos Tribunais de Contas pelo Poder Judiciário, mas que merece nota, uma vez que, nos claros termos da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), os Tribunais de Contas exercem plenamente a jurisdição, detendo portanto todas as características da jurisdição, e seus atos não estão constitucionalmente submetidos à revisão judicial ordinária, ou seja, somente a Corte Constitucional poderia declarar inválida uma decisão de Tribunal de Contas, se proferida em desacordo com o texto constitucional.

[...] fica evidenciado que os Tribunais de Contas não exercem a chamada função jurisdicional do Estado. A função jurisdicional do Estado é exclusiva do Poder Judiciário e é por isso que as Cortes de Contas: a) não fazem parte da relação dos órgãos componenciais desse Poder (o Judiciário), como se vê da simples leitura do art. 92 da Lex Legum; b) também não se integram no rol das instituições que foram categorizadas como instituições essenciais a tal função (a jurisdicional), a partir do art. 127 do mesmo Código Político de 1988.

[...]

Algumas características da jurisdição<sup>48</sup>, no entanto, permeiam os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas. (...) o fazem com a força ou a irretratabilidade que é própria das decisões judiciais com trânsito em julgado. Isto, quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público. Não, porém, quanto aos direitos propriamente subjetivos dos agentes estatais e das demais pessoas envolvidas em processo de contas, porque, aí, prevalece a norma constitucional que submete a competência judicante do Supremo Tribunal Federal (...). Por extensão, caem sob a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, conforme a situação, o processo e o julgamento dessas mesmas ações constitucionais contra atos dos demais Tribunais de Contas.<sup>49</sup>

A nota que merece a manifestação doutrinária acima é no sentido de a jurisdição não ser exclusiva do Poder Judiciário e nem com ele confundir, e na expressão do próprio doutrinador, “quem assim me autoriza a falar é a Constituição Federal, com todas as letras” contidas no artigo 73<sup>50</sup>.

É evidente que os Tribunais de Contas brasileiros não são órgãos do Poder Executivo, nem do Poder Legislativo, nem do Poder Judiciário. A Constituição da República Federativa (1988) o estruturou à parte, sem se apegar à tradicional tripartição dos Poderes de Montesquieu. Tal como o Ministério Público, o Tribunal de Contas é um órgão dotado de todas as características essenciais dos Poderes nomenclaturados na Constituição, não se apresentando sustentável buscar a redução da expressão do Tribunal de Contas quando a própria Constituição da República caminhou em outro sentido.

A concepção pura da tripartição dos Poderes já não alcança sua magnitude no modelo

48 Pressupõe-se que a palavra jurisdição está sendo empregada pelo autor como sinônimo de jurisdição judicial.

49 BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://direitopublico.com.br/pdf/9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-CARLOS-AYRES-BRITTO.pdf>>. Acesso em: 15 abr. de 2017.

50 Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

constitucional de 1988 iluminado pela evolução social-econômica-jurídica atingida no ano de 2017. No modelo constitucional de 1988 o Poder Executivo não mais somente executa os comandos da Lei e da Constituição (função administrativa), mas também produz normas de efeitos abstratos (função legislativa) por meio de Medidas Provisórias e Decretos Autônomos. O Poder Legislativo não só produz normas de efeitos abstratos (função legislativa), mas também julga o presidente da república em caso de *impeachment* (função jurisdicional).

É evidente que diante da nova ordem constitucional firmada em 1988 apresenta-se ilógico e até incoerente negar a jurisdição aos Tribunais de Contas, como se a mesma fosse monopólio do Poder Judiciário.

Também, como está posto na Constituição, os Tribunais de Contas não são tribunais administrativos, como tem afirmado uma parte relevante da literatura, até para justificarem um eventual enquadramento de sua processualidade no campo do processo administrativo.

Ao revisitar-se a doutrina de Seabra Fagundes verifica-se que o doutrinador apresenta uma tripartição da função de controle da Administração Pública.

Para tornar efetiva, no mecanismo estatal, a submissão da Administração Pública à ordem jurídica, existe um tríplex sistema de controle das suas atividades: *controle administrativo, controle legislativo e controle jurisdicional*. O controle administrativo é um autocontrole dentro da Administração Pública. Tem por objetivos corrigir os defeitos de funcionamento interno do organismo administrativo, aperfeiçoando-o no interesse geral, e ensejar reparação a direitos ou interesses individuais, que possam ter sido denegados ou preteridos em consequência de erro ou omissão na aplicação da lei [Na Jur: v. Súmulas 346 e 473 do STF].

O controle legislativo ou parlamentar compete ao Poder Legislativo. É essencialmente político, destinando-se à fiscalização das atividades administrativas do ponto de vista geral da sua legalidade e conveniência ao interesse coletivo. Só indiretamente ampara o direito individual, em face do ato administrativo pelos benefícios implicitamente consequentes da boa aplicação da lei. [...]

Ao Poder Judiciário compete o exercício do controle chamado *jurisdicional* ou *judiciário* (conforme se tome por base a denominação da função ou do órgão)<sup>51</sup>

Veja-se que ao tomar-se como marco o conceito do autor de Controle Administrativo e de Controle Legislativo, jamais poderia ser neles inserida a natureza do controle exercido pelos Tribunais de Contas.

Apesar de encampar o conceito apresentado por Seabra Fagundes, contraditoriamente, Gustavo Binen Bojm, em nota de atualização, cita exatamente o controle exercido pelos Tribunais de Contas como exemplo de controle administrativo.

Recentemente o STF adotou, por maioria, a tese aqui esposada. Nesse caso, entendeu-se necessário que se assegure o contraditório e a ampla defesa a particular que teve cancelado, pelo Tribunal de Contas da União,

51 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualização até 2010 Gustavo Binen Bojm. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. Nota de rodapé 3. 537p. p. 124-132.

pagamento de pensão concedida há 18 anos. O entendimento majoritário foi o de que mesmo que se trate de autotutela administrativa, mister é garantir os direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório.<sup>52</sup>

Em sequência, Seabra Fagundes leciona que:

[...] o reexame dos atos do Poder Executivo por um corpo especializado, que dele se destaque apenas com o fim de dividir metodicamente atribuições (*Administração ativa e Administração contenciosa*, como dizem os franceses), não infunde confiança. [...] a grande vantagem da apreciação jurisdicional desses atos decorre das garantias que a evolução do direito político tornou inseparável do Poder Judiciário, dando-lhe condições de independência assecuratórias de imparcialidade no exercício das suas atribuições. Nem procede a objeção que se possa fazer da possibilidade de outorgar aos funcionários dos tribunais administrativos garantias próprias dos magistrados comuns, porque, como nota Ranelletti, isto seria equipará-los a estes, pondo-os a cavaleiro das influências do Poder Executivo, já não havendo razão para repelir, só por si, a entrega ao Poder Judiciário, como órgão único, do controle jurisdicional. A distinção que se fizesse, então, entre os tribunais administrativos e comuns, seria puramente formal.<sup>53</sup>

Tal assertiva é perfeita para uma adequada análise da função do Tribunal de Contas. As garantias que detém seus membros, bem como as conferidas à própria instituição, conduz a uma clara semelhança com o Poder Judiciário. Só não é integrante do Poder Judiciário por opção do constituinte, o que não exclui a sua natureza de órgão jurisdicional.

Com as notas necessárias, no sentido de não se tratar de tribunal administrativo tampouco político-administrativo, mas sim de tribunal político-jurisdicional, mais especificamente, jurisdicional de contas, registra-se as ponderações do Min. Ayres Britto:

as Casas de Contas se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político, nos termos da Constituição; administrativo, nos termos da lei. Tal como se dá com a natureza jurídica de toda pessoa estatal federada, nesta precisa dicção constitucional: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos nos termos desta Constituição” (art. 18, caput, negrito à parte). E salta à razão que se os Tribunais de Contas não ostentassem dimensão política não ficariam habilitados a julgar as contas dos administradores e fiscalizar as unidades administrativas de qualquer dos três Poderes estatais, nos termos da regra inculpada no inciso IV do art. 71 da Carta de Outubro (salvante as contas anualmente prestadas pelo Chefe do Poder Executivo). Sequer receberiam o nome de “Tribunais” e nunca teriam em órgãos e agentes judiciários de proa o seu referencial organizativo-operacional.<sup>54</sup>

O próprio Min. Ayres Britto, em palestra proferida no V Encontro Nacional de Contas em Cuiabá-MT<sup>55</sup>, expressa seus questionamentos quanto a forma utilizada para

52 Idem. Ibidem. p.129.

53 Idem. Ibidem. p. 156-158.

54 BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de abr. de 2017.

55 BRITTO, Carlos Ayres. *O futuro dos Tribunais de Contas*. Revista Técnica do Tribunal de Contas de Mato Grosso. Campo Grande. 11ª ed. Publicação semestral, p. 6-11, dez. 2016.

interpretar a Constituição no que tange aos Tribunais de Contas.

(...) Como é que a gente pode interpretar a Constituição de modo tão desprimoroso quanto ao próprio uso das palavras de que se valeu a Constituição. Agora, é difícil porque pensar fora da caixa não é fácil (...)

Quem é que tem coragem de enterrar ideias mortas? As ideias estão mortas, mas uma sociedade conservadora conserva estas ideias em formol, nas prateleiras da subjetividade. (...)

Aos poucos, nós vamos entendendo o regime jurídico-constitucional dos Tribunais de Contas, porque não se pode o tempo todo tapar o sol com a peneira. (...)

(...) Essa Constituição de 1988 foi muito novidadeira. E paga um preço pela ousadia, pela audácia, de trazer para os quadrantes do direito brasileiro, do estado brasileiro, da sociedade brasileira, novidades a perder de conta, e novidades boas, alvissareiras, de civilização da nossa vida, de democratização, de humanização das relações públicas. Quando uma Constituição assim, extremamente novidadeira, é promulgada, numa sociedade conservadora como a brasileira, há muito boicote, até inconsciente. Há muita reação consciente e há muito boicote inconsciente. Os juízes não querem perder as suas reflexões, suas pesquisas, as suas deduções, já constantes de suas decisões. (...) Ninguém quer sair da zona de conforto intelectual. (...) O hábito é uma segunda natureza, é uma segunda pele. (...)

(...) Olha, as pré-compreensões, as pré-interpretações, para não dizer os preconceitos, fazem muito a cabeça da gente. (...) Dizia Goethe, há poder, gênio e magia na audácia, mas não é todo mundo que se dispõe a esse tipo de enfrentamento porque corre riscos, dá trabalho. Então, a velha ordem constitucional, os valores nascidos à luz da velha ordem constitucional, para não dizer às sombras, estão ali incrustados no inconsciente coletivo. Há um ativismo conservador brasileiro reconhecido. (...)<sup>56</sup>

Na toada das ponderações acima, observa-se que a dialética clássica de se reconhecer ao Poder Judiciário a exclusividade da jurisdição desserve à compreensão constitucional do alcance jurisdicional das funções do Tribunal de Contas. É necessário arrimar-se em uma segunda via para escapar dos rótulos pré-concebidos, de forma a evitar trágicas incompreensões que entavam a produção intelectual de um processo regulador do exercício da jurisdição do Tribunal de Contas. Apropriando-se das palavras de Ana Flávia Sales, em parafraseamento dos ensinamentos do Professor Rosemiro Pereira Leal<sup>57</sup>, deve-se “contornar as afirmações peremptórias de verdades ou negações que tanto tem banalizado o estudo do direito na contemporaneidade<sup>58</sup>”, de forma a desconectar-se da lógica geral ancorada em “argumentos autoritários” produtores de “verdades” “construídas por repetições”, que se “rege a *práxis* dos Tribunais”<sup>59</sup>.

56 Idem. *Ibidem*. p. 8-10.

57 LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010b. p. 191.

58 SALES, Ana Flávia. *Primeiros delineamentos teóricos da pesquisa científica Processo como Teoria da Lei Democrática, de autoria do Professor Rosemiro Pereira Leal*. De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 11, n. 19, p. 279-301, jul./dez., 2012. p. 287.

59 LEAL (2010b, p. 152-7) apud SALES, Ana Flávia. *Primeiros delineamentos teóricos da pesquisa científica Processo como Teoria da Lei Democrática, de autoria do Professor Rosemiro Pereira Leal*. De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 11, n. 19, p. 279-301, jul./dez., 2012. p. 285.

#### 4. A UNIFORMIZAÇÃO PROCESSUAL À LUZ DOS MODELOS ITALIANO, PORTUGUÊS E ESPANHOL

Apesar da escassez doutrinária nacional relativa ao processo de contas, tem-se ao alcance a literatura italiana, portuguesa e espanhola. Nesses Estados, por serem dotados de codificação processual de contas única, até por serem Estados Unitários, houve um maior interesse acadêmico sobre o tema, que em muito poderia contribuir com a padronização dos regulamentos processuais de controle externo brasileiros.

A escolha do modelo processual de contas italiano, espanhol e português como base para o desenvolvimento de uma metodologia processual de contas para o Brasil decorre do alinhamento entre o modelo federativo brasileiro, originário de um movimento constitucional centrífugo, no qual o Estado Unitário se transformou em Estado Federado, e o modelo de Estado Unitário daqueles, os quais são dotados de Regiões Autônomas que muitas vezes superam o nível de autonomia dos entes federados estaduais e municipais brasileiros.

Além disso, os três Estados paradigmas possuem peculiaridades relevantes no controle das contas públicas, que se alinham à perspectiva para o Brasil. Portugal possui um Tribunal de Contas dotado de soberania e imutabilidade de suas decisões finais, ou seja, não sujeita à revisão pelo Tribunal Judiciário, ao mesmo tempo em que é garantido o efetivo duplo grau de jurisdição. A Espanha possui um Tribunal de Contas<sup>60</sup> dependente das Cortes Generales (Senado e Câmara dos Deputados), mas dotado de função jurisdicional exclusiva e plena<sup>61 62</sup>, ou seja, não revisável pelo Judiciário. Na Espanha, nem mesmo o conflito de competência envolvendo o Tribunal de Contas pode ser conhecido pelo Poder Judiciário, uma vez que essa competência foi atribuída ao Tribunal Constitucional<sup>63</sup>, que não integra o Judiciário<sup>64</sup>, sendo tratado em capítulo diverso daquele destinado ao Judiciário (TÍTULO VI - Del Poder Judicial e TÍTULO IX - Del Tribunal Constitucional) e havendo expressa incompatibilidade do exercício da judicatura pelos seus membros.

A Itália possui um Tribunal de Contas efetivamente integrante do Judiciário<sup>65</sup>, com função jurisdicional plena e exclusiva em matéria de controle externo, apesar de relacionar-se diretamente com o Poder Legislativo<sup>66</sup>. Somente é admitido recurso à Corte de Cassação quando a matéria em discussão for a relativa à competência jurisdicional, ou seja, conflito de competência<sup>67</sup>. Ressalta-se que, diferente da Espanha, cuja competência para conhecer do conflito de competência é do Tribunal Constitucional, na Itália, tal competência é da Corte de Cassação, órgão máximo do próprio Poder Judiciário.

60 ESPANHA. "Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978", com as modificações até "27 de septiembre de 2011", e nas que lhe antecederam;

61 Exceto no que concerne ao exame das Conta Geral do Governo, cuja análise se dá por delegação das "Cortes Generales".

62 ESPANHA. Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas. Artículo diecisiete.

63 *Ibid.* Artículo octavo. Uno. **Los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones del Tribunal de Cuentas serán resueltos por el Tribunal Constitucional.**

64 *Ibidem.* Artículo 159

65 ITÁLIA. "Costituzione Della Repubblica Italiana del 27 dicembre 1947" e nas que lhe antecederam;

66 *Ibidem.* art. 100

67 *Ibidem.* art. 111

Para suscitar um ponto de reflexão, na Itália, com base nos eventos históricos e jurídicos, que se refletiram na Constituição de 1948, a doutrina consolidou seu entendimento no sentido de haver duas ordens de jurisdição, a administrativa e a judicial. Na primeira compreendem estar inseridas a jurisdição do Conselho de Estado, a jurisdição do Tribunal de Contas, a jurisdição tributária e a jurisdição dos Tribunais das águas públicas.

Claramente a Constituição italiana derroga o absolutismo do princípio fundamental da unidade de jurisdição, ao atribuir, por exemplo, jurisdição exclusiva ao Conselho de Estado<sup>68</sup>, em matérias que envolvam interesses legítimos e direitos subjetivos de um cidadão face à administração, e ao Tribunal de Contas, em matérias relacionadas ao controle prévio ou *a posteriori* da gestão do Estado.

Diz-se derroga o absolutismo porque ainda há uma preponderância da jurisdição judicial, uma vez que compete ao mais elevado órgão judicial (Suprema Corte) decidir os conflitos de atribuição e jurisdição (competência) e os embargos de nulidade por excesso de poder jurisdicional (incompetência) relacionados a todos os demais órgãos jurisdicionais.

Nesse sentido, Charles Etori explica que:

O princípio da unidade de jurisdição domina o conjunto. Proclama a prioridade do judiciário. Daí o papel supremo da mais alta Corte de justiça, que regulamenta os conflitos e julga o excesso de poder jurisdicional, tribunal superior a todas as jurisdições ordinárias ou especiais. Daí a ausência de divisionismo entre as duas ordens de jurisdição que não se movem paralelamente, cada qual na sua esfera.<sup>69</sup>

Diante de todo esse contexto, observa-se que a escassez de doutrina nacional que aborde verticalmente a temática somente será superada a partir do momento em que houver a unificação normativa em um verdadeiro código de processo de contas, uma vez que, “nem só a unificação constitui o objetivo da codificação, como ainda o de salutarmente contribuir para maior facilidade e perfeição do estudo do Direito, por se encontrar estratificado em sistematização cientificamente ordenada.”<sup>70</sup>

## 5. CONCLUSÃO

O controle externo da Administração Pública é um plexo de mecanismos por meio dos quais são exercidos o poder/dever de fiscalização e revisão das atividades administrativas estatais, consubstanciando-se naquele desempenhado por órgão apartado do outro controlado com a finalidade de assegurar a efetivação

68 Detentor de duas facetas importantes: uma de funcionar como órgão consultivo e a outra como órgão jurisdicional. Nas palavras de Charles Etori “Por seu caráter jurisdicional e embora pertença ao executivo, êle põe em prática o princípio da separação dos poderes, constituindo êle próprio um elemento essencial do Estado de direito”. ETTORI, Charles. *O Controle Jurisdicional da Administração Pública na Itália*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 27, p. 34-66, jan./mar. 1952, p. 50.

69 ETTORI, Charles. *O Controle Jurisdicional da Administração Pública na Itália*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 27, p. 34-66, jan./mar. 1952, p.65.

70 LOPES, Miguel Maria de Serpa apud MORATO, Antônio Carlos. *Codificação e Descodificação: uma análise acerca do tema*. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67581/70191+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 28 set. 2017. p. 95-120. p. 104.

de mecanismos que possibilitem garantir a plena eficácia das ações de gestão governamental, que deve ser voltada para os interesses da sociedade em consonância com os princípios determinados pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade e eficiência<sup>71</sup>.

Dentre os órgãos que exercem o controle externo da Administração Pública encontra-se o Tribunal de Contas, cuja vocação constitucional<sup>72</sup> é o exercício amplo do controle das atividades da Administração Pública brasileira sob o aspecto da legalidade, legitimidade, economicidade, moralidade, impessoalidade, probidade e eficiência.

Exatamente no exercício dessa competência constitucional dos Tribunais de Contas, razão de sua própria existência, é que se inicia os conflitos de compreensões doutrinárias sobre a natureza jurídica do processo e de suas decisões.

O Tribunal de Contas, por disposição constitucional expressa exerce função jurisdicional, não sendo nem administrativa nem judicial. Se num primeiro momento era aceitável, apesar de questionável, a inserção do controle das contas públicas no contexto da Administração, a evolução do sistema constitucional gerado pelas drásticas mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas impõe uma necessária releitura, impulsionada por um fenômeno idêntico ao que ocorreu com a função judicial.

A concepção pura da tripartição dos Poderes, fundamento clássico da doutrina, já não alcança sua magnitude no modelo constitucional de 1988 iluminado pela evolução social-econômica-jurídica atingida no ano de 2017. No modelo constitucional de 1988 o Poder Executivo não mais somente executa os comandos da Lei e da Constituição (função administrativa), mas também produz normas de efeitos abstratos (função legislativa) por meio de Medidas Provisórias e Decretos Autônomos. O Poder Legislativo não só produz normas de efeitos abstratos (função legislativa), mas também julga o presidente da república em caso de *impeachment* (função jurisdicional).

Evidente, portanto, que nesse contexto a processualidade do Tribunal de Contas encontra-se inserida no campo jurisdicional, que numa vertente expressa a processualidade judicial e em outra a processualidade de contas. Já não se mostra cabível a concepção vetusta de somente o Poder Judiciário exercer jurisdição no Brasil.

Nesse ambiente constitucional no qual o Tribunal de Contas exerce Jurisdição e possui uma processualidade própria, os conceitos tradicionais de jurisdição e processo baseados nas correntes civilistas não mais se sustentam.

Assim, afastando-se das vetustas premissas civilistas, a jurisdição apresenta-se como uma função estatal que faz atuar o direito, ou seja, nas palavras de Seabra

71 GUERRA, Evandro Martins. Os controles externo e interno da Administração Pública. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.  
72 Art. 71, 73 e 37 da Constituição Federal de 1988.

Fagundes<sup>73</sup>, “dar ao direito sua inteligência definitiva e inapelável<sup>74</sup>”. O processo, por sua vez, nas palavras de Adilson Abreu Dallari<sup>75</sup>, apresenta-se como o “instrumento útil para assegurar a observância do superprincípio da segurança jurídica”.

Fundado nos ensinamentos de alguns autores a jurisdição não é exclusivamente judicial, enquanto outra corrente compreende que a jurisdição no Brasil é exclusiva do Poder Judiciário.

Portanto, no que tange à espécie de processo jurisdicional, dentre o qual encontra-se a subespécie processo de contas, o processo apresenta seus contornos existenciais entre a ação e a efetiva prestação da tutela jurisdicional, sendo o real instrumento desta para preservação do princípio da segurança jurídica.

Por tudo isso, dotado de jurisdição e instrumentalizado pelo processo, o Tribunal de Contas exerce o controle externo da administração pública de forma definitiva e externamente imutável quando desempenha as competências definidas nos incisos II, VIII, IX e X do artigo 71 da Constituição da República de 1988.

Ocorre que a inexistência de uma lei nacional que regulamente o processo de contas torna o ambiente processual do controle externo altamente produtor de decisões que desrespeitam o princípio constitucional da segurança jurídica e as garantias do contraditório e da ampla defesa, evidenciadas em concreto pelas infundáveis decisões judiciais no sentido de anular decisões de Tribunais de Contas por esses motivos.

A importância de debater o tema decorre, sobretudo, da relevância de demonstrar a necessidade de uma adequada definição dos pressupostos teóricos que fundamentem a natureza jurisdicional das decisões e do processo de controle externo a cargo dos Tribunais de Contas e a sua adequada normatização nacional em caráter de uniformidade.

Posto isso, vê-se de extrema relevância a construção de um Código de Processo de Contas de nível nacional. Logo, toda a temática abordada no presente artigo tem o propósito de suscitar uma reflexão e instigar os estudiosos do tema no debate acerca da padronização de regulamentos processuais no Brasil.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 03 jul. 2017.

73 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualização até 2010 Gustavo Binen Bojm. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. Nota de rodapé 8. 537p. p.117.

74 Abordando a relativização da coisa julgada o revisor do livro do Seabra Fagundes dispõe que: “... a jurisprudência já admite, há algum tempo, a denominada *querela nullitatis insanabilis* quando houver nulidade ou ausência de citação” p.105

Outra hipótese de relativização da coisa julgada avançada pela jurisprudência é a referente às ações de estado. O exemplo corrente é o da ação de investigação de paternidade, cujas sentenças transitadas em julgado são revistas posteriormente em razão de superveniente exame de DNA.

Admite-se também a relativização da coisa julgada dita inconstitucional. De fato, o dogma da intangibilidade da res judicata não deve sobrepor-se à supremacia da Constituição. Assim, se determinada norma que fundamentou uma decisão judicial é posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, em controle concentrado, caberá a citada *querela nullitatis*. Registre-se, ainda, que o parágrafo único do art. 741 do CPC, que torna inexigível o título executivo judicial fundado em norma declarada inconstitucional, consagra a tese de que a coisa julgada, quando em descompasso com a Constituição, pode ser declarada nula a qualquer tempo. p. 106

75 DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo e segurança jurídica, em Segurança Jurídica, obra coletiva*, Elsevier, 2010, p.14.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1390236 PE 2013/0189733-3, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Publicação: DJ 08/04/2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/179670443/recurso-especial-resp-1390236-pe-2013-0189733-3>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21466, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1993, DJ 06-05-1994 PP-10486 EMENT VOL-01743-02 PP-00295. Disponível em: <https://goo.gl/1ghGE3>. Acesso em: 18 out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24389 AgR-ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 24-04-2012 PUBLIC 25-04-2012. Disponível em: <https://goo.gl/tYnchK>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24510, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 07/05/2003, publicado em DJ 13/05/2003 PP-00077. Disponível em: <https://goo.gl/GHoCSe>. Acesso: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25116, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-01 PP-00107. Disponível em: <https://goo.gl/oqPdkL>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 29468 MC, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 19/12/2010, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-026 DIVULG 08/02/2011 PUBLIC 09/02/2011. Disponível em: <https://goo.gl/FpNMZa>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 33671, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 11/09/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14/09/2015 PUBLIC 15/09/2015. Disponível em: <https://goo.gl/qCFUmR>. Acesso: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34705 MC, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 29/09/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 02/10/2017 PUBLIC 03/10/2017. Disponível em: <https://goo.gl/JtibEJ>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 5490, Relator(a): Min. ANTÔNIO VILLAS BOAS, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/1958. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000152039&base=baseAcordaos>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 6960/DF, Tribunal Pleno. Relator: Min. Ribeiro da Costa. Julgamento em 31/07/1959. Publicado no DJ de 27/08/1959. Disponível em: <https://goo.gl/XTp6HH>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº MS 7280, Relator(a): Min. HENRIQUE D'AVILLA - CONVOCADO, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/1960, DJ 17-08-1960 PP-05538 EMENT VOL-00430-01 PP-00099 ADJ 17-09-1962 PP-00460 ADJ 15-05-1961 PP-00067 RTJ VOL-00014-01 PP-00096. Disponível em: <https://goo.gl/8oFynw>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 67127, Relator(a): Min. THEMISTOCLES CAVALCANTI, Segunda Turma, julgado em 28/04/1969, DJ 09-06-1969 PP-04557 EMENT VOL-00767-03 PP-00787 RTJ VOL-00050-01 PP-00115. Disponível em: <https://goo.gl/LrUDjN>. Acesso em: 18 out. 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dez. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15 de abr. de 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. *O futuro dos Tribunais de Contas*. Revista Técnica do Tribunal de Contas de Mato Grosso. Campo Grande. 11ª ed. Publicação semestral, p. 6-11, dez. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. ver. ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012. 1250p.

CLUNY, António. *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas – Contributos para uma Reflexão Necessária*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. 292p.

DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo e segurança jurídica, em Segurança Jurídica, obra coletiva*, Elsevier, 2010.

ESPAÑA. “Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978”, com as modificações até “27 de septiembre de 2011”, e nas que lhe antecederam;

ESPAÑA. Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo: del Tribunal de Cuentas

ETTORI, Charles. *O Contrôlo Jurisdicional da Administração Pública na Itália*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 27, p. 34-66, jan./mar. 1952.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualização até 2010 Gustavo Binen Bojm. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. Nota de rodapé 3. 537p.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Regime de Controle Jurisdicional de Contas Públicas*. Ministério Público de Contas do Distrito Federal e Territórios. Brasília: 1998. 65p. p. 22-27.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competências*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 1004p. p. 151-152.

GAROFANO, Rafael Roque. *Democracia administrativa no limiar do século XXI: a extensão da processualidade rumo à democratização da Administração Pública. Âmbito Jurídico*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/Wilson/Downloads/abrebanner.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11208&revista\\_caderno=4](http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/Wilson/Downloads/abrebanner.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11208&revista_caderno=4)>. Acesso em: 15 maio 2017.

GOLDSCHMIDT (1935, p.351) apud NOGUEIRA, Marco Aurélio; CHAGAS, Guilherme Castelhona. *A iniciativa probatória do julgador à luz da Constituição Federal. De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, vol. 14, n. 25, p. 323-359, jul./dez. 2015.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ITÁLIA. “Costituzione Della Repubblica Italiana del 27 dicembre 1947” e nas que lhe antecederam;

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010b. p. 191.

LEAL (2010b, p. 152-7) apud SALES, Ana Flávia. *Primeiros delineamentos teóricos da pesquisa científica Processo como Teoria da Lei Democrática, de autoria do Professor Rosemiro Pereira Leal. De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 11, n. 19, p. 279-301, jul./dez., 2012. p. 285.

LOPES, Miguel Maria de Serpa apud MORATO, Antônio Carlos. *Codificação e Descodificação: uma análise acerca do tema*. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67581/70191+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 28 set. 2017. p. 95-120. p. 104.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. 1150p.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69*. Tomo III. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. 648p. p. 246-254.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa - VII Revisão Constitucional [2005] e nas que lhe antecederam;

PORTUGAL. Regulamento Geral do Tribunal de Contas, aprovado pelo Plenário Geral, na Sessão de 25 de Junho de 1999, com as alterações introduzidas pela Resolução n.º 13/2010 [publicada no DR, 2ª Série, n.º 95 de 17 de Maio];

SALES, Ana Flávia. *Primeiros delineamentos teóricos da pesquisa científica Processo como Teoria da Lei Democrática, de autoria do Professor Rosemiro Pereira Leal. De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 11, n. 19, p. 279-301, jul./dez., 2012.

## A SEGURANÇA JURÍDICA E O CONTROLE À LUZ DE NOVOS CONCEITOS DA LINDB: UMA RELEITURA DO DEVER DE MOTIVAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO

Marcílio Barenco Corrêa de Mello<sup>1</sup>

Tatiana Alves Nunes Guerreiro Pereira<sup>2</sup>

doutrina

### RESUMO

O presente *paper* tem por escopo a discussão acerca de novas diretrizes impostas aos agentes públicos pelo advento da Lei federal nº 13.665/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), bem como a revisitação das disposições atinentes à segurança jurídica e eficiência, tanto na criação, como na aplicação do direito público. Pelos deveres de fundamentação indeclináveis agora impostos aos agentes públicos, a presente legislação inovadora suscita questionamentos e polêmicas para validade dos atos editados, em especial na seara de controle judicial ou administrativo. Este artigo pretende abordar pontos relevantes acerca de aspectos inovadores trazidos pela neófito legislação administrativa, os deveres de fundamentação na edição de atos positivos ou de controle, com as consequências de inobservância.

**Palavras-chave:** Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Segurança jurídica. Controle Administrativo e Judicial. Dever de Fundamentação. Responsabilidade do Agente Público.

### ABSTRACT

This paper has as scope the discussion about new guidelines imposed on the public agents by the advent of Federal Law 13.665 / 2018, which changed the Law of Introduction to the Brazilian Law Norms (LINDB), as well as the revision of the relevant provisions legal certainty and efficiency, both in the creation and in the application of public law. Due to the undecidable duties of obligation now imposed on public agents, this innovative legislation raises questions and controversies for the validity of the acts edited, especially in the area of judicial or administrative control. This article intends to address relevant points about innovative aspects brought by the neophyte administrative legislation, the duties of justification in the editing of positive acts or of control, with the consequences of nonobservance.

**Keywords:** Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law. Legal certainty. Administrative and Judicial Control. Duty to state reasons.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo tratar de peculiaridades estruturantes do Direito Público, inovadas pela Lei federal nº 13.665 de 2018, que trouxe deveres inerentes

<sup>1</sup> Procurador do Ministério Público de Contas de Minas Gerais. Doutorando em Ciências Jurídicas Publicistas pela Universidade do Minho/Braga/Portugal. Mestre em Fundamentos dos Direitos Constitucionais.

<sup>2</sup> Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Pós-Graduada em Direito Processual pela PUC/MG e MBA em Direito da Economia e da Empresa pela FGV.

à segurança jurídica impostos aos envolvidos na gestão e no controle de gastos públicos, sobretudo num novo olhar do dever de motivação e fundamentação.

Tal inovação legislativa, ao inserir onze artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, trouxe consigo normas infraconstitucionais *lex legum*, em especial por disciplinar questões que devem ser respeitadas por outras leis e os respectivos aplicadores do direito: os agentes públicos.

Primitivamente, o Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, tratava de norma de Direito Privado (Lei de Introdução ao Código Civil). A bem da verdade, a antiga LICC não constituía uma norma exclusiva de Direito Privado. Nesse particular, sofreu diversas alterações ao longo dos anos, passando inclusive a ser denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, sobretudo, por seu conteúdo abarcar normas atinentes à Teoria Geral do Direito, atinentes a vigência, obrigatoriedade, interpretação e aplicação das leis no tempo e no espaço.

Nesse novo viés, foi promulgada a Lei federal nº 13.665/2018, alterando a LINDB e introduzindo diversos artigos que tratam do direito público, com teleologia conceptiva de maior segurança jurídica nas relações advindas do Estado e da qualidade decisória pública, com consequente efeito na seara de controle administrativo ou judicial.

Para efeitos práticos deste artigo e delimitando o âmbito de atuação dogmática, a título ilustrativo, tentar-se-á solver a discussão proposta analisando-se argumentos prós e contra a proposição normativa, também sob perspectiva dos deveres e responsabilidades dos agentes públicos, o que se torna primordial quando tratamos da gestão de bens públicos.

Nesse contexto, vale ressaltar que em virtude da complexidade e amplitude da matéria, este estudo não tem a pretensão de esgotar o tema em si, nem poderia; visa contribuir para uma reflexão acurada acerca de temas introduzidos no nosso ordenamento jurídico pátrio, seus reflexos pragmáticos na edição de atos administrativos, e os novos deveres dos agentes públicos, seja ele controlado ou controlador.

## 2. A DUPLA FACE DO NOVO DEVER DE MOTIVAÇÃO DECISÓRIA

Insurgindo-nos quanto à necessidade de explicitação acerca da natureza da nova lei, principalmente no que tange os novos deveres que ela possa gerar aos agentes públicos, aliado ao alcance dos objetivos estruturantes dos “Estudos sobre o Projeto de Lei nº 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público”, trazemos a exposição de motivos esposados pelo autor do projeto - Senador Federal Antônio Anastasia<sup>3</sup>, para melhor elucidação do tema, *in litteris*:

<sup>3</sup> Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado nº 349/2015. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&disposition=inline>. Acessado em: 11-set-2018.

Como fruto da consolidação da democracia e da crescente institucionalização do Poder Público, o Brasil desenvolveu, com o passar dos anos, ampla legislação administrativa que regula o funcionamento, a atuação dos mais diversos órgãos do Estado, bem como viabiliza o controle externo e interno do seu desempenho.

Ocorre que, quanto mais se avança na produção dessa legislação, mais se retrocede em termos de segurança jurídica. O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional. (...)

O que inspira a proposta é justamente a percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle, a serem seguidas pela administração pública federal, estadual e municipal.

A ideia é incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) disposições para elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público. Conforme esclareceram os referidos professores, o projeto em apreço propõe medidas para neutralizar importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública. São eles:

O alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas;

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

A tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas;

A dificuldade de o Poder Público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigação por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas;

A instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle.

Os efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações);

O modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública. (SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações Públicas e Seu Controle*. 2013: Malheiros, p. 278)

Em virtude da controvérsia existente e do cenário jurídico-político nacional dos últimos anos, percebe-se que diversos atos foram anulados por decisões de controle (administrativo ou judicial) fundadas em princípios gerais de direito, gerando enorme insegurança jurídica para as partes envolvidas, em especial em desfavor do gestores públicos e empresas contratadas, trazendo à lume uma realidade cambiante passível de necessária correção.

Uma das justificativas estruturantes da nova legislação é privilegiar o bem comum, atentando-se que a consecução do direito visa atender a maioria, ou seja, sempre volvida a realização do princípio do interesse público, dotando-se os atores decisórios de segurança jurídica no trato da edição de atos administrativos e de gestão. Mas não é só.

É de conhecimento jurídico notório que o fundamento do regime de direito administrativo reside no princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, do qual o agente público não poderá se descolar.

Nesse sentir, a "(...) supremacia do interesse público é interpretada no sentido de superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. (...) indicaria a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, (...)".<sup>4</sup>

Sob a acepção anteposta, a nova legislação visa minimizar as possíveis "mazelas" decorrentes da insegurança jurídica que permeia a prestação do serviço público, por vezes em iminente dano ao interesse maior, ocasionador de turbações ao erário público.

Assim, a nova lei nos moldes preconizados em art. 20, veda a utilização de argumentos retóricos ou principiológicos sem que seja realizada uma prévia e detida análise dos fatos e das suas consequências práticas, seja nas decisões proferidas no âmbito judicial, seja nas decisões administrativas ou em sede de órgãos de controle. *Ex surge* aqui o dever de fundamentar o nascedouro do ato e de sua invalidação, ao pré-requisito de antevisão de suas "consequências práticas" deste último, isto é, onde sem a demonstração inequívoca do consequencialismo útil para não preservação do ato em si, o agente controlador não poderá gravá-lo de nulidade, sob pena de incorrer em ilegalidade. Por óbvio, em todos os casos o interesse público será preservado, sopesando-se a motivação do agente público editor.

O que se visa combater é a utilização excessiva de valores jurídicos abstratos (principiológicos), limitando-se o uso de expressões genéricas e conceitos jurídicos indeterminados a fim de evitar decisões vazias e imotivadas, sem exame pormenorizado dos possíveis impactos futuros; deve o julgador/controlador, a partir de elementos compilados no processo administrativo, judicial ou de controle, exibir as consequências práticas da sua decisão, reforçando-se a ideia de responsabilidade decisória estatal.

Percebemos que o dispositivo não exige conhecimento extra autos pelo julgador/controlador, mas sim que concretize a sua função pública com maior responsabilidade no exercício de seus deveres. De fato, faz-se surgir um maior encargo aos agentes controladores, qual seja, a previsibilidade de consequências úteis de suas decisões de invalidação. Mas também vai mais além.

Reside aqui, vedação de motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de todos os seus impactos.

Obriga-se agora ao julgador/controlador a avaliação e motivação, com demonstração de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, com demonstração de suas consequências práticas no ato decisor, dando-se norte da demonstração da chamada "pluralidade de alternativas".

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 11ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 132.

Afaste-se voluntarismos, intuições, improvisos e fórmulas gerais como “interesse público”, “princípio da moralidade”, dentre outros, para conspurcação de atos submetidos ao controle de legalidade.

Desta feita, impõe-se novo dever de, “(...) com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias”.<sup>5</sup>

Com efeito, o Parágrafo único, do art. 20, incluído pelo art. 1º do referido diploma legal<sup>6</sup>, determinou que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas”.

O princípio da motivação e da consequência do ato administrativo, presentes noutros diplomas legais, deve ocorrer na exposição dos fundamentos de fato e de direito do ato controlador, levando em consideração as “consequências práticas da decisão”.

Dirley da Cunha Jr.<sup>7</sup>, em sua obra Curso de Direito Constitucional, ensina que:

No Estado Democrático de Direito não se concebe ato administrativo sem motivação. A exigência de motivação está expressa na Constituição Federal de 1988 para as decisões judiciais e administrativas do Poder Judiciário, em razão do exposto no art. 93, incisos IX e X, respectivamente.

Lado outro, a Lei federal nº 9.784/99 abrigou de forma expressa o princípio da motivação no seu art. 2º, *caput*, como princípio da Administração Pública, prevendo ainda no art. 50 que a motivação dos atos administrativo, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses, imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções.

A motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, sendo exigida tanto nos atos vinculados quanto nos atos discricionários. Em certos atos vinculados a simples menção do fato e da regra de Direito a ser aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação, uma vez que nos atos vinculados os motivos já vêm expressados na lei, de modo que aplicação desta é quase automática. Nos atos discricionários, antes os quais a Administração goza de relativa liberdade de escolha quantos aos motivos, apesar desta envolver mérito administrativo, haverá, com maior razão ainda, necessidade de motivação.

De outra banda, Fabricio Motta<sup>8</sup> entende que o dever de motivação é obrigatório ao gestor público “para permitir compreender o percurso hermenêutico que empreendeu na busca da melhor solução, tornando públicas as razões que o levaram a considerar dada medida como necessária e adequada frente às demais”.

5 Excerto extraído do Parecer disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acessado em 11-set-2018.

6 Lei federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

7 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 923.

8 MOTTA, Fabrício. In Interesse Público, CONJUR: 14-jun-2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/interesse-publico-alteracoes-lindb-valem-todos-nao-controle>. Acessado em: 11-set-2018.

São previstas ainda, a inserção obrigatória de possíveis alternativas, com desígnio de que seja possível desvelar a menos danosa ou mais eficaz em dada situação fática, observando-se a máxima do direito *quod non est in actus non est in mundo*.

Nesse particular, o novo dever de motivação e de demonstração de alternativas *ex surge* não só ao controlador - concomitante ou póstumo - expressamente em virtude da nova lei, mas, sobretudo, implicitamente ao controlado. Explico: desde o nascedouro do ato administrativo deverá o agente público fundamentá-lo, apresentando às várias alternativas possíveis para adoção da medida administrativa menos danosa ou mais eficaz, apontando os motivos determinantes de sua opção decisória, naquele ou noutro sentir, a fim de propiciar o esgotamento escorreito de verificação dessa melhor alternativa jurídica adotada no momento de submissão à esfera controladora.

A segurança jurídica e eficiência impostas pela nova lei têm como destinatários o controlado e o controlador, ordem natural de seu efeito legiferante, que devem atentar para necessária revisitação de seus deveres e responsabilidades inerentes aos seus (en)cargos.

Nota-se também que foram trazidos elementos atinentes ao princípio da proporcionalidade, sendo de suma importância por limitar a atuação e discricionariedade dos poderes públicos, impedindo a prática de atos inúteis, desarrazoados e desproporcionais.

Como salienta Dirley da Cunha Jr., o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade ampla, trata-se de princípio constitucional implícito que exige a verificação do ato do poder público quanto aos seguintes aspectos: adequação (ou utilidade), necessidade (ou exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito<sup>9</sup>, *in verbis*:

(...) **Adequação (ou utilidade)** – É aquele que exige que as medidas adotadas pelo poder público se apresentem aptas para atingir os fins almejados. Ou seja, que efetivamente promovam e realizem os fins. Ora, fere até o bom senso que os órgãos públicos possam se valer de atos e meios, ou tomar decisões, que se revelem inúteis a ponto de não conseguirem realizar os fins para os quais se destinam.

**Necessidade (ou exigibilidade)** – Em razão deste subprincípio, impõe-se que o poder público adote, entre os atos e meios adequados, aquele ou aqueles que menos sacrifícios ou limitações causem aos direitos fundamentais. Por este subprincípio objetiva-se evitar o excesso da Administração.

**Proporcionalidade em sentido estrito** – Em face deste subprincípio, deve-se encontrar um equilíbrio entre o motivo que ensejou a atuação do poder público e a providência por ele tomada na consecução dos fins visados. Impõe-se que as vantagens que a medida adotada trará superem as desvantagens.

Destarte, o intuito é ter uma administração mais racional, onde a orientação deve ser a de buscar o interesse público e não simplesmente o cumprimento da letra da lei,

<sup>9</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit, p. 223.

com intuito de que sejam minimizados os prejuízos e danos ao erário, desaguardando no princípio da consequência jurídica do ato.

Todavia, tais neófitos artigos legislativos não podem servir de mote para o descumprimento de outras leis, mas sim como nova interpretação sistemática do direito público, onde deva existir ponderação quanto aos resultados práticos da decisão em busca do maior interesse público, posto que erros formais não devem sobrepor-se ao bem comum de modo a aniquilá-los, como extrai-se, outrora, de vetustas declarações de nulidade que se pretende superar.

Nesse diapasão, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Veras de Freitas, em seu artigo “A função normativa da administração pública e a Lei 13.655/2018”<sup>10</sup>, entendem que a Lei de Segurança para a Inovação Pública “confere uma racionalidade à função normativa da administração, de modo que ela não seja referendada, apenas, por balizas *ex ante* (fundamento legal), mas por um olhar prospectivo (*forward-looking*)”, compreendendo a demonstração de elementos de impacto e equilíbrio de interesses, assim como comparações alternativas.

Dessa forma, o art. 22 da LINDB<sup>11</sup> dispôs que a interpretação das normas sobre gestão pública deve considerar a realidade e os obstáculos enfrentados pelos gestores sem prejuízo dos direitos dos administrados, levando-se em consideração as circunstâncias da época que influenciaram na conduta do agente.

Lado outro, é importante ressaltar que a motivação será de suma importância na hipótese de uma futura análise por órgão de controle (judicial ou administrativo), sendo que, deverão restar presentes previamente todos os elementos ensejadores da tomada de decisão num dado sentido à época, sob pena de odiosa omissão. Novamente explico.

De fato, a omissão das alternativas ou má fundamentação destas poderá promover interpretação casuística da norma pelo julgador/controlador, com análise de caso a caso. Todavia, uma análise individualizada lastrada em alternativas claras, prévias e plausíveis, permitirá a apuração da realidade de cada órgão, onde a gestão pública de cada ente federado é distinta do outro, devendo o julgador analisar as especificidades para a produção de uma decisão justa, que deverá pautar-se sempre no almejo do bem comum.

Nesse particular, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras de Freitas<sup>12</sup> ressaltam, in *litteris*:

O exercício do poder extroverso estatal tem se desenvolvido por meio de uma interpretação estática, sobretudo pelo seu viés repressivo.

10 MARQUES NETO, Floriano Azevedo; FREITAS, Rafael Véras. In A função normativa da administração pública e a Lei 13.655/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/opiniao-funcao-normativa-administracao-publica-lindb>. Acessado em 11-set-2018.

11 Introduzido pela Lei federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

12 Idem. In O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo Sancionador. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acessado em 11-set.2018.

Dito em outros termos, os controladores levaram adiante processos administrativos sancionadores, com base nos seus próprios juízos a propósito da adequação das condutas de administradores públicos e dos particulares. Juízos que, em razão da morosidade própria à burocracia, são formados sempre retrospectivamente, muitas vezes, anos após a conduta. O distanciamento temporal, contudo, turva a avaliação, propicia o seu enviesamento. Oblitera circunstâncias que não podem ser desconsideradas pelos órgãos de controle.

Percebe-se que houve a incorporação do pragmatismo no âmbito do Direito Administrativo sancionador, onde a Justiça deve ser medida pelas consequências e não pelo Direito, cujo desígnio seria averiguar os efeitos prováveis diante do caso concreto, levando-se em consideração as circunstâncias à época do fato, tendo em vista que há direitos que serão impactados.

Segundo Rafael Carvalho Rezende de Oliveira<sup>13</sup>, o pragmatismo jurídico, apresenta, ao menos, três características básicas: (i) o *antifundacionalismo*, de acordo com o qual se rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no direito, imunes às transformações sociais; (ii) o *contextualismo*, conceito que orienta a interpretação jurídica por questões práticas; e (iii) o *consequencialismo*, característica de acordo com a qual as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro, e não para o passado).

Tal dispositivo legal exige que o controle dos atos deva ser exercido avaliando-se a conduta praticada, utilizando-se o princípio do *tempus regit actum*, agregado as circunstâncias práticas em que foram exercidos, sofisticando assim, a teoria das nulidades dos atos administrativos, especialmente no que tange a responsabilização dos agentes públicos atores do ato controlado.

De fato, o ordenamento jurídico brasileiro já protege o particular de boa-fé partícipe das relações jurídicas firmadas com a Administração Pública, desde que pautadas pela confiança legítima (*ex vi* Lei federal nº 9.784/1999), existindo, contudo, lacuna na responsabilização do agente público que porventura exerceu irregularmente o seu mister.

Assim, chamamos atenção ao artigo 28<sup>14</sup> da nova ordem legal, que possibilita que o agente público desempenhe suas funções de maneira adequada, só respondendo pessoalmente por suas decisões e/ou opiniões em caso de dolo ou erro grosseiro, o que inclui as situações de negligência grave, imprudência grave ou imperícia grave, não se coadunando com a ideia de mera culpa simples.

Percebe-se que o art. 28 traz em si derrogação tácita do art. 10, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa<sup>15</sup>, tratando-se de uma orientação jurisprudencial já adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, onde firmou-se entendimento em torno da

13 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.

14 Também introduzido pela Lei federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu no Decreto- Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

15 Lei federal n. 8.429, de 02 de junho de 1992.

necessidade da comprovação do dolo ou culpa grave para fins de imputação de atos (dolosos ou culposos) que causem prejuízo ao erário como ato típico de improbidade administrativa.

O *caput* do aludido artigo define ato de improbidade administrativa como aquele que causa lesão ao erário, "(...) qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º (...)".

Nesse particular, Mauro Roberto Gomes de Mattos, leciona em sua obra "O Limite da Improbidade Administrativa"<sup>16</sup>, que "é preciso verificar se existe indício, em que seja um mínimo de má-fé, que revele realmente a presença de um comportamento desonesto do agente público", não bastando a prática de ato ilegal para caracterização de ato ímprobo.

Defende ainda que a expressão culposa seja inconstitucional, por ferir o estatuído no art. 37, da CR/88, onde a "gradação da lei" não poderá ser invocada para considerar todo e qualquer ato involuntário como ímprobo.

Percebe-se que a boa-fé e honestidade são condutas obrigatórias ao agente público, configurando, por consequência, requisito intrínseco do ato de probidade. No entanto, salienta Aristides Junqueira Alvarenga<sup>17</sup> que a desonestidade estará ausente na conduta culposa (negligência, imprudência ou imperícia), não se compatibilizando, pois, com o conceito de improbidade.

Mauro Roberto Gomes de Mattos<sup>18</sup> traz entendimento de Hely Lopes Meirelles, atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Mendes que, *in verbis*:

(...) embora haja quem defenda a responsabilidade civil objetiva dos agentes públicos em matéria de ação de improbidade administrativa, parece-nos que o mais acertado é reconhecer a responsabilidade apenas na modalidade subjetiva. Nem sempre um ato ilegal será um ato ímprobo. Um agente público incompetente, atabalhado ou negligente não é necessariamente um corrupto ou desonesto. O ato ilegal, para ser caracterizado como ato de improbidade, há de ser doloso ou, pelo menos, de culpa gravíssima.

Deste modo, por todos os fundamentos acima esposados, temos que o intento da *inovatio legis* foi permear o gestor público de maior segurança jurídica na prática de seus atos, de modo que, ao praticar regularmente o seu mister de forma motivada e fundamentada no estrito interesse público, não se veja responsabilizado *a posteriori*, por consequência jurídica de declaração de nulidade proferida por órgão controlador (judicial ou administrativo), pela inobservância de formalidade legal, desde que ausentes o dolo ou erro grosseiro.

16 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O limite da improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 269.

17 ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 92

18 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Op. cit., p. 274.

De outra banda, passou-se a exigir maior criteriologia das instâncias de controle (judicial e administrativa), a fim de que, se distanciando de princípios abstratos e genéricos, passem a sopesar o consequentialismo das suas decisões de nulidade, com demonstração dos efeitos práticos de suas declarações, traçando, em certa medida, dever de demonstração das alternativas cabíveis à espécie.

Por fim, para verificação escorreita de tais alternativas, deverá o agente público desde logo debruçar-se a demonstrá-las na época da edição do ato emanado, sob pena de poder ser responsabilizado pela inércia da motivação adequada.

### 3. CONCLUSÃO

A LINDB trouxe alterações significativas no âmbito das matérias afetas ao direito público, o que inicialmente, conferirá maior segurança jurídica e eficiência administrativa.

Em que pese o neófito diploma legal ser objeto de diversas censuras e exaltações na comunidade jurídica, os novos deveres impostos aos agentes do Estado (agente públicos e seus controladores), não representa o enfraquecimento de seus (en) cargos, nem tampouco restringe a eficácia de suas atividades de controle, nem diminui a responsabilização civil, administrativa e penal dos agentes públicos.

O que vemos é a exigência de um maior e criterioso dever de melhor fundamentar as decisões, seja na emanação dos atos administrativos, seja no momento de controle, em especial nas declarações de nulidade. A segurança jurídica reside na exigência desse maior preciosismo de ambas as partes (controlado e controlador), que terão contra si a necessidade de maior acuidade na observância de eficiência de suas atividades-fim, exigindo também, uma relação de equilíbrio de forças, natural num Estado de Direito permeado por um sistema de freios e contrapesos.

A imposição de condicionantes às decisões emanadas pelos órgãos de controle, especialmente no que se refere uma maior motivação na declaração de nulidade de atos pela via judicial ou administrativa (consequências, alternativas, dentre outros), não pode servir de justificativa para desmerecer a *mens legis inovatio*. A atuação dos órgãos de controle deve nortear-se pelo interesse público e pela eficiência, de modo a melhor distinguir atos dolosos violadores do erário e dos deveres republicanos, daqueles praticados pelos gestores de acordo com as exigências da política pública a seu (en)cargo.

Do mesmo modo, a maior segurança jurídica que se oferta aos agentes públicos, em especial gestores, impõe-lhes um sobrelevo de qualificação, especialização e eficiência em suas atividades típicas, principalmente no que tange o dever de melhor motivar e fundamentar suas decisões administrativas externadas em atos, sob pena de, ao claudicarem nesse particular, serem submetidos às hipóteses vislumbradas tão somente pelas instâncias de controle, não externadas fidedignamente em seus

atos decisórios, tornando-os, por consequência, muitos mais frágeis e suscetíveis das hipóteses de nulidade.

A *expertise* da demonstração inequívoca do melhor interesse público aplicável à espécie, reside na função típica do administrador, cuja segurança jurídica deverá ser externada na especificidade de sua motivação, sob pena de ser eventualmente responsabilizado por omissão do dever de melhor fundamentar alternativas cabíveis à espécie.

Tudo isso ainda não resolverá os percalços do gestor público em ser submetido a variadas formas e órgãos de controle, mas de certo ilidirá o ambiente “criativo” de decisões de nulidade pautadas em princípios gerais e abstratos, trazendo a médio prazo, a almejada segurança jurídica que a nova lei inaugurou, sem deixar de perpassar por um processo de adaptação necessário, mas eficaz na aplicação de seus conceitos.

Neste passo, de acordo com o que restou demonstrado no presente trabalho, torna-se de primordial atenção o cumprimento *incontinenti* dos deveres de boa-fé, lealdade, acuidade e responsabilidade dos atores do processo de criação e aplicação do Direito Administrativo, de modo a se implantar uma Administração Pública honesta e socialmente eficiente, com um sistema de controle equilibrado e eficaz, que tenha por objetivo máximo a persecução punitiva de atos dolosos e de erros graves em detrimento do erário público, criando um ambiente muito mais dialógico e preventivo aos atos praticados pelo gestor, do que unísono e sancionador repressivo em desfavor da própria eficiência do agir estatal.

#### 4. REFERÊNCIAS

- ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. *Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado nº 349/2015*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407647&disposition=inline>. Acesso em: 11.set. 2018.
- ALVARENGA, Aristides Junqueira. *Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8ª ed. atualizada por Gustavo Binenbojm, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.
- JACOBY FERNANDES, J. U. *A Lei nº 13.655/2018 e o resgate da segurança jurídica para os gestores públicos e órgãos de controle*. Disponível em: [https://www.jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp\\_id=181](https://www.jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=181). Acesso em: 11 de setembro. 2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota Técnica Conjunta nº 1/2018*. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201\\_2018.pdf](http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf). Acesso em: 11 de setembro. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. *A função normativa da administração pública e a Lei 13.655/2018*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/opiniaio-funcao-normativa-administracao-publica-lindb>>. Acesso em: 11 de setembro. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. *O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniaio-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 11 de setembro. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em: 11 de setembro. 2018.

FREITAS, Rafael Véras de. *O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniaio-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 11 de setembro. 2018.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite de improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

MOTTA, Fabrício. *Alterações na LINDB valem para todos, não só para o controle, 2018*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/interesse-publico-alteracoes-lindb-valem-todos-nao-controle>. Acesso em: 11 de setembro. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos*. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*, Brasília. 2015. Disponível em: < <https://antonioaugustooanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 11 de setembro. 2018.

## A NOVA LINDB E O CONTROLE EXTERNO: UMA BREVE REFLEXÃO SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Luís Filipe Vellozo Nogueira de Sá<sup>1</sup>

Robert Luther Salviato Detoni<sup>2</sup>

doutrina

### RESUMO

Trata das possibilidades de uso da Análise Econômica do Direito (AED) pelos operadores de controle externo na aplicação da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB) ao trazer novos elementos a serem considerados nas decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial. Foca o argumento consequencialista que os legisladores impuseram à LINDB. Demonstra como alguns conceitos da teoria microeconômica e do bem-estar social podem auxiliar na aplicação da nova LINDB, tais como: eficiência (critério de Pareto e Kaldor-Hicks); teoria dos custos de transação; externalidades; teoria da agência; e incentivos. Conclui que a AED é um corpo teórico que possibilita aos operadores de controle externo a análise da LINDB no contexto das decisões administrativa, controladora e judicial.

**Palavras-chave:** LINDB. AED. Consequencialismo. Controle Externo.

### ABSTRACT

This article is about the possibilities of using the Economic Analysis of Law by external control operators in the application of the Legislation about Introduction to the norms of Brazilian Law (LINDB) to bring new elements to be considered in administrative, controlling and judicial decisions. It focuses on the consequentialist argument that law makers have imposed on LINDB. It demonstrates how some concepts of microeconomic theory and social welfare can help in the application of the new LINDB, such as: efficiency (Pareto and Kaldor-Hicks criterion); transaction costs theory; externalities; agency theory; e incentives. It concludes that Economic Analysis of Law is a theoretical body that enables external control operators to analyze LINDB in the context of administrative, controlling and judicial decisions.

**Keywords:** LINDB. Economic Analysis of Law. Consequentialism. External Control.

*“...a nova LINDB não é, em si, Análise Econômica do Direito, mas sem dúvida, a AED é o melhor instrumento, se não o único, que pode justamente controlar os possíveis excessos e orientar a boa aplicação desta lei”*

*Cristiano Carvalho – Jurista*

<sup>1</sup> Auditor de Controle Externo do TCE-ES, Mestre em Economia e advogado. E-mail: filipe.vellozo@tce.es.gov.br

<sup>2</sup> Auditor de Controle Externo do TCE-ES e Mestre em Economia. E-mail: robert.detoni@tce.es.gov.br

## 1. INTRODUÇÃO

O mundo jurídico recepcionou recentemente profundas alterações na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro – LINDB<sup>3</sup>, em que onze artigos foram acrescentados, visando, segundo os autores do projeto de lei, dar maior segurança jurídica, qualidade nas decisões e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

A LINDB é uma espécie de “Lei das leis”, um guia de aplicação e de hermenêutica do Direito na qual constam regras sobre interpretação, integração, aplicação, vigência e eficácia das demais normas. Esse artigo não tem como objetivo fazer qualquer juízo de valor a respeito das alterações ocorridas. Elas já estão em vigor e cabe agora refletirmos sobre seu impacto na área de controle do Estado, em particular, do controle externo.

Os novos dispositivos inseridos trazem diretamente para o mundo do direito público novos elementos a serem avaliados nas decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial, tais como: o consequencialismo de decisões baseadas em valores jurídicos abstratos; a análise de obstáculos e dificuldades reais do gestor; os regimes de transição para novas interpretações que envolvam normas indeterminadas; entre outras inovações.

Nesse artigo iremos nos concentrar no argumento consequencialista que os legisladores impuseram à LINDB, como pode ser visto claramente nos artigos 20<sup>4</sup> e 21<sup>5</sup>. Esses novos dispositivos legais envolvem a necessidade de ponderação quanto à alocação de recursos em decisões administrativas, controladoras e judiciais, devendo o agente público<sup>6</sup> interpretar e aplicar o direito levando em conta as consequências de suas decisões.

Por exemplo, a lei expressamente afirma em seu art. 20 que argumentações baseadas em valores jurídicos abstratos não podem ser consideradas sem que sejam avaliadas as consequências práticas da decisão. Ou seja, ponderações retóricas de princípios não podem ser usadas sem a análise de suas consequências práticas.

Acreditamos que o corpo teórico conhecido como **Análise Econômica do Direito (AED)** poderá prestar uma enorme contribuição na mensuração dessas consequências e na ponderação concreta de soluções, pois parece existir, ainda que de forma intuitiva, uma estreita ligação entre as ferramentas sugeridas na sistemática da AED e aquelas que serão exigidas aos agentes públicos para a aplicação da nova LINDB.

3 Lei 13.655/18 alterou o Decreto-Lei 4.657/42.

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

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

5 Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas **consequências** jurídicas e administrativas. (g.n)

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

6 Envolve: gestores públicos, auditores, conselheiros, promotores e magistrados.

A AED é uma sofisticada metodologia jurídico-econômica, testada e aplicada desde 1960, fundada na aplicação da Teoria Econômica, em particular na teoria microeconômica<sup>7</sup> e na teoria do bem-estar social<sup>8</sup>, às normas e instituições jurídico-políticas. Tem sido reconhecida, por vários pesquisadores, como o movimento de maior impacto na literatura jurídica ocorrido ao longo da segunda metade do século passado.

É importante ressaltar que a AED não se confunde com o ramo jurídico do Direito Econômico. A primeira abarca o segundo, trazendo dentro de si conceitos e teorias retiradas das ciências econômicas que podem apoiar os aplicadores da nova LINDB, tais como: equilíbrio; eficiência; escassez (*trade-offs*<sup>9</sup> e custo de oportunidade<sup>10</sup>); escolha racional; externalidades; incentivos; assimetria informacional (teoria dos custos de transação, teoria da agência e teoria dos contratos incompletos); teoria dos jogos, e teoria da escolha pública (falhas de governo); entre outros.

Vamos nos concentrar abaixo, ainda que de forma superficial, sobre algumas possibilidades de aplicação desses conceitos e teorias, acima mencionados, pelos **operadores do controle externo** na aplicação da nova LINDB e nas suas análises decisórias ao longo do processo de controle externo.

## 2. EFICIÊNCIA

A eficiência é um dos principais pilares da AED e tem diversas acepções. A eficiência econômica está intimamente relacionada com a maximização da riqueza e do bem-estar social. Existem basicamente dois tipos de análise de eficiência: a de Pareto e a de Kaldor-Hicks. Normalmente, as análises de custos e benefícios das políticas públicas no campo da teoria econômica são baseadas nesses dois critérios de eficiência.

O critério de eficiência de Pareto estipula que uma determinada medida é eficiente somente quando melhora o nível de bem-estar de um agente sem piorar o nível de bem-estar de alguém. Por exemplo, se uma determinada medida<sup>11</sup> X pode gerar

7 A **microeconomia** é um ramo da economia que se ocupa do estudo das causas de falhas de mercado, e dos possíveis meios para corrigi-las, quando ocorrem. “Tal análise desempenha um papel importante em decisões políticas sobre políticas públicas. No entanto, alguns tipos de intervenções e de políticas governamentais, tais como impostos, subsídios, controles de preços e salários, e regulamentos, que podem constituir tentativas públicas de corrigir falhas de mercado, também podem levar a alocações ineficientes de recursos (às vezes chamadas de falhas de governo). Nesses casos, há uma escolha entre os resultados imperfeitos, isto é, os resultados do mercado imperfeito, com ou sem intervenções do governo. Em qualquer caso, por definição, se existe uma falha de mercado o resultado não é pareto eficiente”. Disponível em: [http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_20132.pdf](http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf). Acesso em 19 maio 2018.

8 O **bem-estar social** se mede pela agregação do bem-estar dos indivíduos. Também aqui não há uma medida única de agregação, sendo o utilitarismo (a soma simples e não ponderada da utilidade individual) apenas uma possibilidade, talvez a mais habitual e não menos isenta de polêmica. Outra medida possível de bem-estar social é aquela desenvolvida por John Rawls e que consiste na preponderância absoluta dos indivíduos com menor utilidade na função de bem-estar social. (Idem).

9 O **trade-off** implica um conflito de escolha e uma conseqüente relação de compromisso, porque a escolha de uma coisa em relação à outra, implica não usufruir dos benefícios da coisa que não é escolhida. Isso implica que, para que aconteça o trade-off, quem faz a escolha deve conhecer os lados positivos e negativos das suas oportunidades. Estamos perante um cenário de trade-off quando é preciso sacrificar alguma coisa para obter um bem maior, o que muitas vezes causa um tipo de dilema. É um fenômeno bastante comum encarado diuturnamente pelos gestores públicos.

10 **Custo de oportunidade** deve ser entendido a partir do princípio da escassez, ou seja, como os recursos são escassos, mas os desejos e necessidades humanas não o são, só se pode satisfazer uma necessidade se deixar de satisfazer outra. A alternativa abdicada é chamada de custo de oportunidade. Assim, o custo de oportunidade de um bem ou serviço é a quantidade de outros bens ou serviços a que se deve renunciar para obtê-los. Exemplo: investir R\$ 200 milhões na modernização de um hospital ou investir esses mesmos recursos financeiros na reforma de rodovias estaduais?

11 Medidas: elaboração de normas ou execução de uma política pública.

ganhos para um determinado indivíduo ou grupo sem gerar perdas para ninguém, diz-se que tal medida é eficiente no sentido de Pareto.

O uso da eficiência de Pareto (ótimo de Pareto), isto é, considerar que determinada ação será eficiente se ao menos um indivíduo ficar em situação melhor e nenhum outro ficar em situação pior, tem problemas práticos. Difícil afirmar com segurança que determinadas medidas que atingem milhares de cidadãos possam garantir que não haja cidadãos que fiquem em uma situação pior.

Uma alternativa ao critério paretiano é o critério de Kaldor-Hicks. Sob essa análise, uma solução é eficiente se produzir mais ganhos que custos. Corolário disso é a necessidade de compensação por parte dos ganhadores em favor dos perdedores. Percebe-se que os ganhadores devem ganhar mais do que as perdas dos seus oponentes, do contrário, não há como compensá-los. Quando os ganhos são superiores em relação às perdas, há acréscimo de riqueza e, portanto, a troca foi eficiente. Salama (2008, p. 24)<sup>12</sup> esclarece:

[...] suponha que uma mudança qualquer (por exemplo, a edição de uma nova lei) beneficie um determinado grupo de indivíduos (os 'ganhadores') mas prejudique outro grupo (os 'perdedores'). Pelo critério de Pareto, tal mudança não poderia jamais ser eficiente (afinal, há 'perdedores', isto é, indivíduos que pioram sua situação com as mudanças). Assim, por este critério, qualquer norma que estabeleça um privilégio, por mais nefasto que seja, jamais poderia ser alterada [...] a lei perderia toda a sua plasticidade e a sociedade estaria fadada ao total imobilismo. O critério de Kaldor-Hicks busca superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto de que mudanças somente são eficientes se nenhum indivíduo fica em posição pior. Pelo critério de Kaldor-Hicks, o importante é que os ganhadores possam compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam.

É aqui que entra a importância do Direito para regular tais operações e do controle externo para considerar em sua investigação. O Direito pode fornecer respostas que contribuam com a eficiência perseguida pelo sistema e o controle externo deve passar a considerar esse ponto de vista em seus trabalhos.

### 3. TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

O custo de transação não é apenas o valor pago pelo bem ou serviço (custo monetário), e sim todos os custos necessários para que a transação (trocas) se efetive. Para realizar uma transação no mercado é necessário descobrir com quem se quer transacionar; informar as pessoas que se quer negociar; redigir um contrato; monitorar o seu cumprimento a fim de garantir que seus termos estejam sendo respeitados, e assim por diante (Castelar & Saddi, 2005)<sup>13</sup>.

12 SALAMA, B. M. O que é pesquisa em Direito e Economia?. *Cadernos DIREITO GV*, v. 5, n. 2, mar./2008. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 maio 2018.

13 CASTELAR, A.; SADDI, J. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Quanto menor o custo de transação mais eficiente será o ambiente econômico. Salama (2010, p.53)<sup>14</sup> assim o define:

[...] são os custos que cada indivíduo, firma ou organização incorre ao se relacionar com outros indivíduos, aí se incluindo os custos de procura de parceiros para negociar, os custos de negociação e os custos com a formação de acordos e monitoramento (inclusive judicial) dos intercâmbios após o acordo, e ainda os custos de oportunidade. Na definição clássica de Barzel, custos de transação são os custos de captura, proteção e transferências de direitos<sup>15</sup>

Os custos de transação são definidos pelos custos *ex-ante* decorrentes do levantamento de informações e pelos custos *ex-post* referentes à gestão do contrato, assim como pela busca de defesa quando não ocorre o cumprimento dos aspectos contratados *ex-ante* à elaboração de contratos (Williamson, 1985)<sup>16</sup>.

Tais custos advêm do fato de que os agentes tomadores de decisão não dispõem de todas as informações necessárias no momento da decisão. Assim, a assimetria de informação<sup>17</sup> está implícita aos custos de transação incorridos nas negociações nos mercados.

Um exemplo interessante foi a decisão do Tribunal de Contas da União (Acórdão 2302/201318) na contratação direta pela Petrobras, por inexigibilidade de licitação, da construção da Plataforma P-56, “sem a necessária demonstração da inviabilidade de competição”, conforme inicialmente apontado pela equipe técnica. Explica-se: a Petrobras optou por proceder à contratação direta da Plataforma P-56 com a mesma empresa que havia sido a vencedora no certame anterior, promovido para a contratação da Plataforma P-51, com base no item 2.3, “e”, do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras (RLSP)<sup>19</sup>. Durante o voto, essa alternativa foi chamada de “clonagem de contratação”. Peixoto (2014, p. 88)<sup>20</sup>, ao analisar a questão, assim resumizou:

[...] o TCU reconheceu a existência, - e, em consequência, levou em consideração - de custos inerentes à troca de empresa contratada, representados, entre outros, pelos custos adicionais decorrentes de retrabalhos. Reconheceu, igualmente, que a diminuição de risco da operação, decorrente da manutenção da mesma empresa para clonagem da contratação, traria benefícios associados e representados

14 SALAMA, B. M. (org). **Direito e Economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

15 BARZEL, Y. **Economic Analysis of Property Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

16 WILLIAMSON, O. E. **The economic institutions of capitalism**: firms, markets, relational contracting. New York: The Free Press, 1985.

17 Assimetria de informação ocorre quando dois ou mais agentes econômicos estabelecem entre si uma transação econômica com uma das partes envolvidas detendo por tal meio informações qualitativa e/ou quantitativamente superiores aos da outra parte. Essa assimetria gera o que se define na microeconomia como falhas de mercado.

18 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2302/2013. Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Sessão de 28/08/2013. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 set. 2013.

19 2.3 É inexigível a licitação, quando houver inviabilidade fática ou jurídica de competição, em especial:

[...]

e) para a contratação de serviços ou aquisição de bens, em situações atípicas de mercado em que, comprovadamente, a realização do procedimento licitatório não seja hábil a atender ao princípio da economicidade;

20 Peixoto, M. A. de G. **A Análise Econômica do Direito no Tribunal de Contas da União**: um estudo a partir da fiscalização da PETROBRAS. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. Disponível em <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/11187>>. Acesso em: 12 maio 2018.

na redução do preço para a PETROBRAS. **O fato de uma nova empresa realizar projeto executado por outra representaria, nesse caso, aumento dos chamados custos de transação** a serem suportados pela nova contratada e, em consequência, embutidos no preço ofertado (e também suportado) à PETROBRAS. **Essa ponderação demonstra o cuidado do Tribunal com a efetiva avaliação da realidade dos contratos e sua busca pela comprovação da eficiência das decisões dos gestores.** (g.n.)

A AED, por meio da teoria dos custos de transação, é uma poderosa ferramenta analítica que permite enxergar qual a potencialidade que diferentes normas podem ter para reduzir custos de transação nas inúmeras hipóteses de inter-relacionamentos na sociedade, possibilitando assim – mediante a comparação dentre vários tipos de normas – descobrir-se qual alternativa seria a mais economicamente eficiente para um determinado contexto.

#### 4. EXTERNALIDADES

As externalidades são um tipo de falha de mercado<sup>21</sup> que podem ser entendidas como os custos ou benefícios que não são internalizados pelos indivíduos ou pelas organizações em suas ações e que impõem custos ou benefícios diretamente a terceiros.

Qualquer decisão e a consequente ação acarretam custos e benefícios. O benefício que uma decisão trazer para outras pessoas é chamado de externalidade positiva; o custo sobre outras pessoas é chamado externalidade negativa. Os bens públicos (estradas, praças, escolas públicas ...) são um bom exemplo de externalidades positivas. A poluição, a corrupção, os congestionamentos, a baixa qualidade das rodovias públicas são, por sua vez, exemplos de externalidades negativas.

No âmbito do processo de controle externo, externalidades positivas e negativas podem ser geradas a partir de deliberações da Corte de Contas. Será positiva, se gerar efeitos positivos para a sociedade ao induzir o gestor público a certos procedimentos administrativos e afetar os resultados das políticas públicas. O Conselheiro-Substituto do TCE-MT, Luiz Henrique Lima<sup>22</sup> exemplifica uma externalidade negativa:

[...] igualmente, há casos em que até uma não decisão produz externalidades, em regra negativas. Processos que ficam sobrestados ou se arrastam por longos períodos engendram o aumento da insegurança jurídica e de suspeições de toda espécie, comprometendo a efetividade e a credibilidade do órgão julgador, bem como paralisando ações dos jurisdicionados.

O mesmo autor finaliza:

Assim, quando se busca avaliar e/ou aprimorar o funcionamento das instituições de controle, a análise não deve se limitar a um exame superficial do número de gestores julgados, da quantidade de horas

21 Outros tipos: monopólios naturais, assimetria de informação e bens públicos.

22 LIMA, H. L. **Externalidades do controle externo.** Gazeta Digital, 20 jan. 2018. Disponível em <<http://www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/165/materia/530984/t/externalidades-do-controle-externo>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

de auditoria ou do volume de recursos fiscalizados e de penalidades aplicadas. Um debate sério e produtivo exige a identificação e a ponderação das múltiplas externalidades decorrentes da atuação do controle externo.

## 5. TEORIA DA AGÊNCIA

Uma relação de agência é estabelecida entre um indivíduo ou organização (o principal) que transfere responsabilidade para outro (o agente) realizar determinada tarefa de interesse do principal. No caso do setor público teríamos algumas variações da relação principal e agente, tais como: eleitor e eleito; sociedade e gestor público; entre outras combinações.

O problema agente-principal tratado na teoria microeconômica está no fato de que os agentes podem desejar atingir seus próprios objetivos, mesmo que isso incorra na obtenção de resultados menores para o principal. Carvalho Neto expõe o conflito de agência no curso de Auditoria Governamental do TCU<sup>23</sup> da seguinte forma:

[...] os conflitos de agência aparecem quando o bem-estar de uma parte – o proprietário – denominada principal, depende das decisões tomadas por outra, responsável pela gestão do patrimônio do principal, denominada agente.

Embora o agente deva tomar decisões em benefício do principal, muitas vezes ocorrem situações em que os interesses dos dois são conflitantes, dando margem a um comportamento oportunista por parte do agente.

O principal não tem condição de acompanhar tudo o que fazem os agentes, pois estes sabem mais do que fazem em relação aos proprietários (principal). Essa assimetria de informações cria o que é conhecido como “problema da relação agente e principal” ou somente “problema de agência”. “É nesse contexto que se encontra a origem conceitual da auditoria, e também da moderna governança, como um mecanismo de monitoramento para redução dos conflitos de agência” (Carvalho Neto)<sup>24</sup>.

Percebe-se uma natural assimetria de informações entre principal e agente. O grau de assimetria pode ser maior ou menor dependendo se as atividades de Estado forem, respectivamente, pouco ou muito transparentes e se houver baixa ou alta *accountability*<sup>25</sup>.

A relação agente-principal em organizações públicas ocorre porque os agentes públicos das organizações públicas podem valorizar mais seus interesses pessoais em detrimento do interesse público. O principal, na maior parte das ocasiões, não tem conhecimento pleno do caráter do agente e, além disso, as informações estão mais próximas do agente do que dele. Andwig e Fjeldstad (2000, p. 115)<sup>26</sup> corroboram esse posicionamento:

23 CARVALHO NETO, A. A. de (coord.). Auditoria governamental. In: PROGRAMA DE APRIMORAMENTO PROFISSIONAL EM AUDITORIA - PROAUDI, 2015. Instituto Serzedello Corrêa. TCU Disponível em: <<file:///C:/Users/ROBERT%20LUTHER/Downloads/2543457.PDF>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

24 Idem. Ibidem.

25 **Accountability** é um termo da língua inglesa que pode ser traduzido para o português como responsabilidade com ética e remete à obrigação, à transparência, de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a seus representados. Outro termo usado numa possível versão portuguesa é responsabilização.

26 ANDWIG, J & FJELDSTAD, O. **Research on corruption: a policy oriented survey**. Oslo: Norwegian Institute of International Affairs, 2000.

O problema de agência surge quando o principal, como é comum no setor público, tem pouco conhecimento sobre a honestidade ou desonestidade do agente, e informações limitadas sobre as atividades produtivas e corruptas dos agentes e dos clientes.

De que maneira a informação incompleta e o monitoramento dispendioso influenciam o modo de ação dos agentes? Existiriam mecanismos de incentivos que poderiam oferecer ou estimular um comportamento do agente em sintonia com os interesses do principal (sociedade)? Essas perguntas são fundamentais em qualquer análise da relação principal-agente. Prováveis divergências de objetivos e a existência de assimetria de informações são dois elementos centrais na relação agente-principal. Como assinala Rose-Ackerman (2002, p. 62)<sup>27</sup>:

As relações entre agente e principal se situam no cerne das transações corruptas, com as comissões ilegais sendo uma opção que os agentes públicos têm para alocar os ganhos e as perdas da atividade de governo.

A Teoria da agência pode ser uma ferramenta útil às questões associadas à avaliação da qualidade da governança pública, isto é, os conflitos de interesse ou problemas de agência podem ser mitigados a partir da observação de princípios de boa governança tais como: a *accountability*, o sistema de integridade (controle interno, corregedoria, ouvidoria, conselhos de ética) e a transparência.

Ademais, embora o setor público não esteja submetido às forças de mercado que mantêm os administradores privados sob o controle, ainda assim os órgãos do governo podem ser monitorados com eficácia. A legislatura e outros órgãos governamentais executam uma função de controle de outros órgãos públicos, notadamente os tribunais de contas.

Quando se torna impossível a medição direta do empenho pessoal, uma estrutura de incentivos que seja capaz de recompensar o resultado obtido por altos níveis de empenho pode induzir os agentes a procurar alcançar os objetivos estabelecidos pelos proprietários. Há, também, a possibilidade da criação de mecanismos de controle sobre a burocracia e os políticos.

Seja numa organização privada, seja pública, a tarefa de fiscalizar o agente não é simples. Na administração pública, esse problema é ainda mais delicado, uma vez que a sociedade outorga ao governo a tarefa de controlar o agente (burocratas). Mesmo supondo que tanto o governo quanto o agente são incorruptíveis, deve-se, no mínimo, considerar que eles são intrinsecamente motivados por interesse próprio – sem ferir qualquer lei ou norma – e não pelo interesse público. Portanto, a teoria da agência pode ser bastante útil para a análise e compreensão dos comportamentos dos agentes públicos.

27 ROSE-ACKERMAN, S. **A economia política da corrupção**. In: ELLIOTT, K. A. (Org). *A corrupção e a economia global*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2002.

## 6. INCENTIVOS

Incentivos são fatores endógenos ou exógenos que conduzem o indivíduo ou a organização a um determinado comportamento. Subsídios e impostos são geradores de incentivos. Impostos mais elevados sobre um determinado bem implicarão, geralmente<sup>28</sup>, em menor consumo do bem. O conjunto de sanções que o código penal aponta são, também, formas de incentivos (de adotar ou não adotar um determinado comportamento).

Dizer que os indivíduos respondem a incentivos traz a ideia de consequencialismo, isto é, olhar para as normas e perceber suas consequências. Qualquer tentativa do Direito de ignorar como as pessoas reagem e se relacionam, e de impor uma solução que ignore isso, em geral, não conduz a bons resultados. A ideia de impor normas não compreendendo a realidade/contexto (reações e incentivos) pode levar a soluções normativas desastradas.

A AED procura entender a racionalidade das normas, sob uma perspectiva tanto descritiva quanto prescritiva. Na primeira, olha-se para o ordenamento existente e analisa-se os incentivos e os efeitos criados pelas normas postas. Se se chegar a conclusão que essa arquitetura normativa não produz bons efeitos, faz-se necessário um olhar sob a segunda perspectiva (prescritiva), ou seja, propor novas normas que melhorem o bem-estar da sociedade.

Por exemplo, uma forma eficaz no controle dos desvios de conduta de agentes públicos é a análise sistemática da estrutura de incentivos dada pelas diversas leis, normas e regulamentos presentes na administração pública. Quais dispositivos legais postos são eficazes e quais não são eficazes? Há excesso ou falta de regulamentação? Portanto, a elaboração de dispositivos legais tem que levar em consideração que os indivíduos são racionais e respondem a incentivos e, se mal formulados, podem gerar efeitos contrário ao desejado.

Um exemplo notável é o aplicativo Uber, e congêneres, que quase chegou a ser considerado ilegítimo mediante a edição de normas. A realidade tem demonstrado que o Uber permite ao usuário exercer a escolha (*trade-offs*); atende de forma acessível (celular), rápida e segura, presta serviços com uma qualidade superior a dos táxis e com um preço praticamente igual, ou menor.

Numa palavra, o aplicativo Uber, de um lado, aumentou o bem-estar social da população em geral, aumentou as possibilidades de emprego para muitos e movimentou a economia. Por outro lado, prejudicou o trabalho sindicalizado de taxistas. Uma análise econômica do direito deve sopesar: qual é a melhor decisão possível para a sociedade? Pelo critério de Kaldor-Hicks, os ganhadores (usuários do transporte) foram muito mais que os perdedores (taxistas), o que torna a decisão da legitimidade do Uber eficiente. Ademais, numa economia de livre mercado, nada impede que os motoristas de táxi migrem para os aplicativos.

<sup>28</sup> "Geralmente", pois há considerações de elasticidade-preço, bem essencial, bem supérfluo, etc, a serem avaliadas no caso concreto.

## 7. CONCLUSÃO

Vimos que a AED investiga o fenômeno jurídico à luz de suas consequências e tal abordagem é um dos pontos centrais da nova LINDB. Para cumpri-la, os operadores da nova legislação necessitarão de instrumentos teóricos e empíricos que os auxiliem na identificação com maior precisão e rigor analítico dos problemas sociais e das prováveis reações das pessoas a uma dada regra, para então, ciente das consequências prováveis, optar pela melhor decisão. Como bem esclarece o jurista Salama (2008, p. 36) “[...] *noções de justiça que não levam em conta as prováveis consequências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas*”<sup>29</sup>.

A administração pública contemporânea tem diante de si enormes desafios a serem enfrentados visando aprimorar o bem-estar social. Instituições, normas legais e políticas públicas têm que ser sistematicamente inventadas e reinventadas, avaliadas e reavaliadas. Não há solução fácil e nenhuma ciência pode sozinha resolver os inumeráveis, e cada vez mais complexos, problemas coletivos. Portanto, a multidisciplinaridade está implícita na LINDB e a AED coloca a disposição dos seus operadores um ferramental que a instrumentaliza.

## 8. REFERÊNCIAS

ANDWIG, J. & FJELDSTAD, O. Research on corruption: a policy oriented survey. Oslo: Norwegian Institute of International Affairs, 2000.

BARZEL, Y. Economic Analysis of Property Rights. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2302/2013. Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Sessão de 28/08/2013. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 set. 2013.

CARVALHO NETO, A. A. de (coord.). Auditoria governamental. In: PROGRAMA DE APRIMORAMENTO PROFISSIONAL EM AUDITORIA - PROAUDI, 2015. Instituto Serzedello Corrêa. TCU Disponível em: <<file:///C:/Users/ROBERT%20LUTHER/Downloads/2543457.PDF>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CASTELAR, A.; SADDI, J. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier; 2005.

LIMA, H. L. Externalidades do controle externo. Gazeta Digital, 20 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/165/materia/530984/t/externalidades-do-controle-externo>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

PEIXOTO, M. A. de G. A Análise Econômica do Direito no Tribunal de Contas da União: um estudo a partir da fiscalização da PETROBRAS. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. Disponível em <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/11187>>. Acesso em: 12 maio 2018.

ROSE-ACKERMAN, S. A economia política da corrupção. In: ELLIOTT, K. A. (Org). A corrupção e a economia global. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2002.

SALAMA, B. M. O que é pesquisa em Direito e Economia?. Cadernos DIREITO GV, v. 5, n. 2, mar./2008. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 maio 2018.

<sup>29</sup> SALAMA, B. M. O que é pesquisa em Direito e Economia?. Cadernos DIREITO GV, v. 5, n. 2, mar./2008. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 maio 2018.

SALAMA, B. M. (org). Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

WILLIAMSON, O. E. The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting. New York: The Free Press, 1985.

**doutrina**

## ***O ATIVISMO DE CONTAS EM PROL DO SISTEMA DE CONTROLE INTERNO: UMA PROJEÇÃO CONCRETIZADORA DA EFICIÊNCIA DOS ÓRGÃOS MUNICIPAIS COMO ESSENCIAIS À BOA GOVERNANÇA***

Gabriel Guy Léger<sup>1</sup>Aila Tamina Martins Pereira<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O artigo busca ressaltar a importância da qualificação dos integrantes dos Sistemas de Controles Internos municipais, de que tratam os artigos 31, 70 e 74 da Constituição Federal, e como a gestão municipal pode ser beneficiada por uma atuação efetiva e eficiente dos integrantes desse sistema, ainda que instituído em decorrência do ativismo de contas, requalificando a prestação de serviços públicos e a boa governança; se constituindo, assim, em elemento indispensável à promoção das políticas públicas previstas na Constituição e nas leis orçamentárias. O sistema de controle interno se constitui em mecanismo de governança e monitoramento das metas e programas de governo, na prestação dos serviços públicos. Contudo, no plano municipal, salvo raras exceções, é comum se constatar que os sistemas de controle interno são fictícios, exercidos por agentes públicos que não possuem qualificação profissional compatível com as atribuições do cargo, muitas vezes integrando carreiras de nível fundamental ou médio. A partir da abordagem do ativismo induzido pelos Tribunais de Contas, se defende que a adequada qualificação dos integrantes do Sistema de Controle Interno, sob a ótica da Teoria dos Sistemas, de Luhmann, pode dar concretude à eficiência dos controles municipais e ao direito fundamental à boa administração pública; o que qualifica a própria atuação do controle externo.

**Palavras chave:** Ativismo de Contas. Administração Pública Municipal. Sistema de Controle Interno. Controle Externo. Direito Administrativo. Direito Constitucional.

### **ABSTRACT**

The article seeks to emphasize the importance of the qualification of the members of the Municipal Internal Control Systems, dealt with at articles 31, 70 and 74 of the Federal Constitution, and how municipal management can be benefited by an effective and efficient performance of the members of this system, even though the system is instituted as a result of the activism of the Courts of Accounts, which aim to requalify the provision of public services and good governance; thus becoming an indispensable element for the promotion of the public policies foreseen in the Constitution and in the budget laws. The internal control system constitutes a

1 Procurador do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná - Formado pela Faculdade de Direito de Curitiba, especialista (École Nationale de la Magistrature- ENM e École Nationale d'Administration -ENA). Foi procurador da Fazenda Nacional. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas no biênio 2004/2006. Integrou o Conselho Superior do MPC, biênio 2014/2015. É, atualmente, 1º Subprocurador-Geral do MPC/PR e titular da 4ª Procuradoria de Contas do Paraná.

2 Graduanda em Direito na Faculdade Estácio de Sá de Curitiba/PR. Estagiária da 4ª Procuradoria de Contas do Paraná de outubro/2017 a setembro/2018.

mechanism of governance and monitoring of government goals and programs, in the provision of public services. However, at the municipal level, with rare exceptions, it is common to see that internal control systems are fictitious, exercised by public agents who do not have professional qualifications compatible with the duties of the position, often integrating careers at the elementary or secondary level. Based on the activist approach induced by the Courts of Accounts, we defend that the adequate qualification of the members of the Internal Control System, from the point of view of Luhmann Systems Theory, might give concreteness to the efficiency of the municipal control and to the fundamental right to good public administration; which qualifies the very performance of the external control.

**Keywords:** Account Activism. Municipal Public Administration. Internal Control System. External Control. Administrative law. Constitutional right.

## 1. INTRODUÇÃO

Há um número incontável de artigos publicados<sup>3</sup> por acadêmicos, mestres e doutores em direito administrativo e constitucional, os quais, diante das notórias mazelas das administrações municipais e ineficiência na prestação do serviço público, defendem algo que parece ser óbvio: o uso do sistema de controle interno como instrumento de boa governança.

No contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas e republicanas ninguém ignora que aqueles que administram bens e recursos públicos devem primar por uma governança capaz de impulsionar a garantia do alcance dos objetivos delineados pelas políticas públicas anunciadas na Constituição Federal, na legislação infraconstitucional e indicadas nos programas de governo.

O sistema de controle interno, constitucionalmente previsto nos artigos 31 e 74 da Carta Federal<sup>4</sup>, não é mero conjunto de trâmites burocráticos, mas um mecanismo

3 Destacamos em láurea os artigos publicados pelo Conselho Nacional do Controle Interno - CONACI: "O Controle Interno e a Concretização dos Direitos do Cidadão", "Controle Interno no Setor Público, um investimento necessário", "Controle Interno, o guardião da despesa pública", "O uso do controle interno preventivo na melhoria da gestão pública tocantinense". Disponíveis em <http://conaci.org.br/artigos/> Consultado em 15. mar. 2018.

4 "Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

§ 4º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

(...)

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;  
II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;  
III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;  
IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União."

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

assecuratório de uma governança capaz de concretizar os princípios constitucionais da administração pública, dentre os quais os da eficiência, da moralidade, da publicidade, da legalidade e da impessoalidade, explicitados no artigo 37, da Constituição Federal.

Contudo, a efetivação dos mecanismos de governança ainda é vista como uma inovação na administração pública gerencial, não obstante já decorridos mais de vinte anos da chamada reforma administrativa proposta pelo MARE - Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, sob o comando de Bresser Pereira, ocasião em que se propugnava *“reforçar a governança - a capacidade de governo do Estado - através da transição programada de um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão”*.<sup>5</sup>

Há aqui o certo movimento pendular. Nos anos 1995/1998, quando gestada a reforma gerencial, o controle interno era associado ao modelo burocrático de administração, tido então por ineficiente, razão pela qual se propunha a transição para um novo modelo de administração – o gerencial.

No entanto, é sabido por todos que lidam com o tema da administração pública que as propostas de reforma restaram incompletas. Aprovou-se as Emendas Constitucionais nº 18, 19 e 20, em 1998. Mas a essencial requalificação do serviço público restou mitigada.

Nas décadas seguintes a especialização e capacitação do quadro de servidores ficou adstrita aos órgãos de controle; mais especialmente aos órgãos de controle externo e de fiscalização tributária, onde hoje se encontra a mais significativa porção de funcionários públicos altamente qualificados<sup>6</sup>.

A necessidade de instituição do sistema de controle interno ressurgiu com a publicação da Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>7</sup> (Lei Complementar nº 101/2000), cujos artigos 54 e 59 elegem o Controle Interno como elemento essencial da Fiscalização da Gestão Fiscal de cada poder, exigindo a presença deste para firmar os relatórios quadrimestrais e demais atos relativos ao cumprimento da LRF.

Nesta quadra histórica, em que já se ultima a segunda década do século XXI, busca-se demonstrar que por meio da reconformação do sistema controle interno é

5 BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília/DF. 1995. Disponível na internet via <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor.pdf> Acesso em 02. abr. 2018

6 É fato que essa melhor qualificação dos órgãos de controle, entre os quais, num contexto mais amplo, também se inserem os Ministérios Públicos e as polícias judiciárias e científicas, decorre de dois fatores essenciais (1) um quadro de remunerações mais atrativas, e (2) ineficácia do comando constitucional previsto no artigo 39, e §§ 1º e 2º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

7 Art. 54. Ao final de cada quadrimestre será emitido pelos titulares dos Poderes e órgãos referidos no art. 20 Relatório de Gestão Fiscal, assinado pelo:

(...)

Parágrafo único. O relatório também será assinado pelas autoridades responsáveis pela administração financeira e pelo controle interno, bem como por outras definidas por ato próprio de cada Poder ou órgão referido no art. 20.

(...)

Art. 59. O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público, fiscalizarão o cumprimento das normas desta Lei Complementar, com ênfase no que se refere a:(...). (grifo nosso)

BRASIL. Lei Complementar, nº 101, de 04 de maio de 2000. **Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de maio de 2000b.

possível requalificar os atos da administração pública, com vistas a uma efetiva administração gerencial e melhoria da prestação dos serviços públicos, como projeção concretizadora do direito fundamental à boa administração pública.

## 2. SISTEMA DE CONTROLE INTERNO: O ESTADO DA ARTE

Consoante destacado na introdução, o sistema de controle interno tem sua matriz constitucional nos artigos 31 e 74 da Carta Federal; sendo no plano infraconstitucional regidos pelos artigos 76 a 80 da Lei de Finanças Públicas, Lei Federal nº 4.320/1964, com *locus* específico no âmbito do Poder Executivo; e, nos artigos 54 e 59 da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101/2000, desta feita estendido a todos os poderes e Ministério Público, em redação conforme o artigo 74 da CF/88.

Decorridas mais de cinco décadas da vigência da Lei de Finanças Públicas e já em vista de se alcançar a maioria da Lei de Responsabilidade Fiscal os sistemas de controle interno, onde instituídos, ainda se ressentem de uma atuação meramente formal, quando não ausente.

Frustrantes são as notícias de que há estados Brasileiros nos quais a maioria dos municípios ainda não possuem órgãos de controle interno estruturados, conforme se evidencia, a título exemplificativo, na nota<sup>8</sup> publicada em fevereiro de 2018 pelo Ministério Público da Bahia.

Diante disso, e considerado o princípio do aprimoramento das instituições públicas, com suas impregnações valorativas, imperioso é modificar o atual cenário.

Mister se faz a adequação de todos os mecanismos que ampliem a eficácia da gestão pública, na busca incansável da concretização dos objetivos esculpidos no artigo 3º da Carta Federal, quais sejam, construir uma sociedade livre, justa e igualitária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os Tribunais de Contas devem, portanto, primar pelo cumprimento de sua missão institucional, e abolir da administração pública toda forma de apoio institucional a sistemas de controle interno ineficazes, protocolares ou tecnicamente incapaz; exigindo um controle que não seja imperito ou omissivo, decorrente da falta de qualificação e técnica, os quais se revelam não apenas danosos, mas letais para a boa gestão e o aprimoramento da administração.

Assim, destaca-se a necessidade de aprimoramento das funções e atribuições dos sistemas de controle interno que permitam às entidades o monitoramento dos riscos aos quais estão submetidas, mitigando as diversas vulnerabilidades, rumo à efetivação das políticas públicas.

8 MAIORIA DOS MUNICÍPIOS BAIANOS NÃO TEM ÓRGÃOS DE CONTROLE INTERNO ESTRUTURADOS. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/noticia/41349>. Acesso em 05. abr. 2018.

Com contumácia, ao mero alvedrio dos gestores municipais, são nomeados para a função de Controlador do Interno dos entes subnacionais, tanto no plano do Poder Executivo como no âmbito do Poder Legislativo, servidores titulares de cargos de agente administrativo, agente de limpeza pública, agente comunitários de saúde, agente social, almoxarife, auxiliar administrativo, auxiliar de enfermagem, auxiliar de serviços gerais, assistente de pedreiro, educador infantil, motorista, pedreiro, professor, recepcionista, telefonista, vigia, zelador, dentre outros servidores que não têm condições mínimas de corresponder às expectativas constitucionais, para fins de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos, seja por não possuírem uma qualificação técnica minimamente compatível com as funções típicas do controle, seja por não integrarem carreiras para cujo acesso seja necessário uma formação superior.

Destarte, no plano municipal, salvo raras exceções, é comum se constatar que os sistemas de controle interno são fictícios, exercidos por agentes públicos que não possuem qualificação profissional compatível com as atribuições do cargo, muitas vezes integrando carreiras de nível fundamental ou médio

Nomeia-se um controlador interno apenas para se atender demandas dos Tribunais de Contas, de sorte a cumprir a formalidade inserta na Lei de Responsabilidade Fiscal, sem qualquer critério técnico.

Controladores esses que sequer sabem o risco que correm ao exercerem a função. A regra constitucional contida no artigo 74<sup>9</sup>, § 1º, da Carta Federal, lhes atribui a responsabilidade solidária em caso de se omitirem de dar ciência aos Tribunais de Contas de irregularidades que tenham tido conhecimento, o que pode redundar em perda de direitos e responsabilização pecuniária, lhes alcançando o patrimônio pessoal.

Tais modos de provimento se revelam em uma decisão administrativa teratológica, tendo em vista o prejuízo que lhe é ínsito, sem perspectiva de darem conta das demandas que deveriam ser capazes de atender, em especial no que tange à avaliação dos resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira, cujas atribuições permanecem desguarnecidas.

É primazia dos Tribunais de Contas avaliar os resultados de políticas públicas, e isto se faz por meio de um sistema de controle externo em interface com os sistemas internos dos órgãos que permeiam toda administração governamental municipal.

Uma das atribuições constitucionais previstas para o sistema de controle interno é a de apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. Contudo, se verificarmos as situações fáticas do panorama nacional, resta prejudicada a eficiência e eficácia desta relação institucional, pois o controle interno tem sido relegado a um estado de irrelevância; fato que só agrava sempre que se nomearem pessoas

9 Art. 74 § 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

desqualificadas para atribuições<sup>10</sup> desse jaez.

Ora, se o sistema controle interno é justamente o órgão de que se utiliza o administrador público para a melhoria da gestão de políticas públicas, em especial para avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos, passa a ser de extrema importância que os Tribunais de Contas primem por seu aperfeiçoamento, quer por ocasião do julgamento das contas daqueles que exercem cargos de gestão, quer por ocasião da emissão do parecer prévio que irá subsidiar o julgamento das contas pelo parlamento municipal.

Como bem leciona o Procurador de Contas do Ministério Público de Contas do Rio de Janeiro e autor do Livro *“Ativismo de Contas: controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas”*, José Ricardo Parreira de Castro<sup>11</sup>, “a forma republicana de Estado impõe ao gestor público *o dever de prestar contas, aos efetivos titulares da res publicae (o povo), de tudo que tenha realizado enquanto administrava o patrimônio público, não apenas no que concerne ao aspecto formal (correlação entre receitas e despesas), mas principalmente no aspecto material: o que foi feito, como foi feito, onde foi feito e por que foi feito, permitindo, com isso, a apreciação da (...) responsabilidade política, econômica e social das ações e decisões do administrador público, possibilitando a aplicação de punições no caso de eventual má conduta.*”

Nessa perspectiva a defesa da profissionalização do Sistema de Controle Interno é um dever de autoconservação da boa governança pública; e, seu menosprezo representa burla frontal aos valores republicanos impregnados nos artigos 31, 70 e 74 da CF/88 e ao dever constitucional de prestar contas de forma precisa, eficaz e eficiente.

Como lembrado por Daniel Sarmiento<sup>12</sup> *“houve uma época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição Federal como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão”*.

10 Espera-se do controlador interno, no mínimo, competência para exercer as atribuições previstas no artigo 74 da Constituição Federal, quais sejam, fiscalização contábil, financeira e orçamentária. Em concreto, significa, nas palavras do autor Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, exercer o controle de legalidade dos atos administrativos que tenha vinculação direta com a atividade contábil, financeira e orçamentária, controle de legitimidade, em que se verifica se determinada despesa atendeu a finalidade de sua aplicação, controle de resultados e metas, que deve ser apurado a partir do Plano Plurianual (PPA), da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e na Lei Orçamentária Anual (LOA), entre outras atividades. CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Sistema de Controle Interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial**; prefácio de Romeu Felipe Bacellar Filho. 2 ed. Ver. Amp. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Pg.124.

11 CASTRO, José Ricardo Pereira de *Ativismo de Contas: controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas*. Ed. Jam-Jurídica, 2015, pg. 150.

12 SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

O *zeitgeist*<sup>13</sup> agora é outro. Novas demandas e desafios despontam; as instituições públicas devem se amoldar ao império do clamor nacional pela eficiência e probidade na administração, com o abandono de qualquer resquício do antigo do estado patrimonialista<sup>14</sup>.

Hoje, o desprezo pela adequada e correta conformação dos processos que tangenciam o sistema de controle interno, constitucionalmente previsto, implica violação subjetiva e objetiva do direito fundamental à boa administração pública, tão enfaticamente defendida pelo Professor Juarez de Freitas<sup>15</sup>, e não pode ser tolerada, pois um sistema de controle interno incapaz de assessorar os gestores públicos nas políticas de governança equivale a dispormos de uma ambulância para atendimento, sem socorrista e sem maca.

### 3. O SISTEMA DE CONTROLE INTERNO MUNICIPAL

O conceito de sistema de controle interno comporta uma multiplicidade de prismas, e imbricações, com vistas à consecução de objetivos bem delineados para a maximização dos resultados da gestão pública administrativa.

Oportuna é a transcrição do conceito, formulado pela auditora do Tribunal de Contas do Ceará, Maria Luciene Cartaxo Fernandes, reproduzido pelo autor Rodrigo Pironti Aguirre de Castro<sup>16</sup>, segundo o qual, o sistema de controle interno é:

Conjunto complexo e organizado de regras e normas, de unidades, de princípios, métodos, procedimentos e equipamentos coordenados entre si, que busca o fim precípua de realizar a avaliação da gestão pública e o acompanhamento dos programas de governo, bem como de comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia, eficiência e economicidade da gestão orçamentária, financeira, patrimonial nas unidades da administração pública.

O Sistema de Controle Interno é acessório imprescindível ao exercício das atribuições do cargo de Prefeito Municipal, pois a Constituição<sup>17</sup> da República Federativa de 1988 não quis que os ordenadores de despesas executassem a gestão dos entes

13 *Zeitgeist* significa espírito de época, espírito do tempo ou sinal dos tempos. É uma palavra alemã. O *Zeitgeist* é o conjunto do clima intelectual e cultural do mundo, numa certa época, ou as características genéricas de um determinado período de tempo. O conceito de *Zeitgeist* foi introduzido por Johann Gottfried Herder e outros escritores românticos alemães. Em 1769, Herder escreveu uma crítica ao trabalho do filósofo Christian Adolph Klotz, introduzindo a palavra *Zeitgeist*.

Fonte: ZEITGEIST. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2018. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Zeitgeist&oldid=51097193>>. Acesso em: 10. mar. 2018.

14 Segundo Max Weber, o patrimonialismo constitui um exercício de poder político que se situa no tipo de "dominação tradicional", no qual a legitimidade do chefe político decorre exatamente da tradição, ou seja, de um costume socialmente arraigado, de uma autoridade que existiu desde sempre. Uma das características principais do patrimonialismo é o fato de ser um poder exercido individualmente, amparado por um aparato administrativo recrutado a partir de critérios pessoais. Tal forma de dominação possui raízes históricas patriarcais, de modo que não há uma separação entre os interesses da autoridade, e os interesses dos governados: a administração política é tratada como um "assunto pessoal" do chefe político.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Trad. José Medina Echavarría e outros. 2. ed. 13. reimpr. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

15 "A garantia de administração sustentável, que pressupõe a comprovada preponderância dos benefícios sociais, ambientais e econômicos sobre os custos diretos e indiretos (externalidades negativas), de molde a propiciar o bem-estar multidimensional das gerações presentes sem impedir que as gerações futuras alcancem o próprio bem-estar."

FREITAS, Juarez. **As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração pública**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Volume. 35, n. 1 jan/jun 2015. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079> Acesso em 27. mar. 2018

16 CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Sistema de Controle Interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial**; prefácio de Romeu Felipe Bacellar Filho. 2 ed. rev. amp. Fórum, 2008. Belo Horizonte, pg. 150.

17 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

subnacionais desassistidos, mas impôs a presença de um sistema ou órgão de fiscalização e controle atuante junto ao Poder Executivo:

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

A Lei de Responsabilidade Fiscal nº 101/2000, nos artigos 54 e 59 elegeu o Controle Interno como elemento essencial da Fiscalização da Gestão Fiscal do Município.

Nesse contexto, temos que, por mais elevadas que sejam as qualidades da Constituição Brasileira e da norma infraconstitucional, se os entes federativos que detêm o *munus* da governança pública não se utilizarem dos mecanismos de gestão de forma otimizada e eficaz, jamais os direitos sociais, políticos e civis serão plenamente desenvolvidos.

Numa perspectiva de racionalidade, *“quanto menos um homem conhece a respeito do passado e do presente, mais inseguro terá de mostrar-se seu juízo sobre o futuro”<sup>18</sup>*. Esta assertiva *‘freudiana’* impulsiona a tese de que todo organismo atuante, para ser protagonista dos resultados previstos, deve saber reconhecer-se.

A Administração Pública em seu organicismo também é amadurecida e fortalecida quando é capaz de reconhecer, identificar e dimensionar o caminho percorrido, elevando o grau de previsibilidade de suas manifestações, através da rastreabilidade concedida pelos mecanismos de controle, de suas matrizes de risco e *compliance*.

Nesta senda, as atividades do Sistema de Controle Interno Municipal oportunizam ao ordenador de despesa uma ampla gama de ferramentas de gestão, o que lhe permite obter maior margem de segurança e assertividade, notadamente no tocante às decisões discricionárias, e na eleição das premissas a serem consideradas para os atos de gestão.

O gestor público deve ser fiel à premissa do direito fundamental à boa administração pública e ao princípio da eficiência, e não se quedar incapaz de motivar suas escolhas, agindo segundo critérios subjetivos para a gestão dos recursos públicos.

Segundo Freud<sup>19</sup>, *“há ainda outra dificuldade, a de que precisamente num juízo desse tipo, as expectativas subjetivas do indivíduo desempenham um papel difícil de avaliar, mostrando serem dependentes de fatores puramente pessoais, de sua própria experiência, do maior ou menor otimismo de sua atitude para com a vida, tal como lhe foi ditada por seu temperamento ou por seu sucesso ou fracasso.”*

Quem irá tornar praticáveis a proposta de governo legitimada através da escolha eleitoral e as políticas públicas previstas constitucionalmente para a promoção do bem comum? O candidato eleito instrumentalizado pelos mecanismos de gestão e

18 FREUD, S. *O mal-estar na civilização*. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, vol. XXI. Rio de Janeiro: Imago, 1996. Pg. 86.

19 *O mal-estar na civilização*. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, vol. XXI. Rio de Janeiro: Imago, 1996. Pg. 86.

controle, ou o sujeito que apesar de legitimado nas urnas, atua pautado apenas em interesses políticos ou fatores puramente pessoais de sua experiência, conforme seu temperamento?

A lição<sup>20</sup> trazida pelo eminente Professor e Procurador José Ricardo Parreira de Castro bem alerta quanto ao componente político da governança:

Os sistemas de controle, portanto, são imprescindíveis, a qualquer Estado que se liga ao direito e, mais do que isso, essenciais à ideia de república, complementando os mecanismos democráticos eleitorais, principalmente se considerarmos, na esteira das lições de Schumpeter, que a democracia representativa (isto é, o método de decisão eleitoral via prevalência da regra da maioria), nas sociedades modernas, é muito mais um método de seleção de pessoas, do que um método de seleção de cursos de ação. De acordo com Sartori "(...) o que um eleitorado decide não é o que um comitê decide, na verdade, a decisão eleitoral tem pouco em comum com a decisão deliberativa. Em particular, as decisões eleitorais são, enquanto decisões, muito vagas, decidem apenas, ou em geral, 'quem vai decidir.

Seria de uma inocência pueril supor que todo candidato selecionado para chefiar o Poder Executivo do Município, porque eleito, tem todos os conhecimentos e competências para executar as políticas públicas com máxima eficiência e eficácia, e que todas as possibilidades de atuação se encontram previamente elencadas pelo legislador. Lembre-se que o requisito constitucional de elegibilidade, no plano da qualificação pessoal, é o da alfabetização, conforme consta do artigo 14<sup>21</sup> da CF/88.

Diante desta realidade, sem prejuízo das atribuições próprias das assessorias jurídicas e dos órgãos de planejamento, o Sistema de Controle Interno assume caráter essencial de assessoramento ao gestor do município, aferindo a conformidade das políticas públicas e dos atos de gestão, com especial relevo para os de execução orçamentária, aconselhando-o e indicando os melhores critérios para o exercício da discricionariedade, legalidade e economicidade, e também fornecendo uma visão estratégica para o planejamento de ações futuras, por meio da identificação e avaliação de riscos e planos de contingência.

Eleito o prefeito este vai executar a gestão pública do Município segundo o plano de governo idealizado, conformando-o as regras típicas de direito financeiro; enquanto o sistema de controle interno instrumentaliza o eleito, com suas matrizes de controle e avaliações de riscos, políticas organizacionais, normas de procedimento de qualidade, manuais de procedimentos, dentre outros tipos de rotinas internas de governança.

Da mesma forma, no âmbito do parlamento municipal, ainda que o processo de administração interna seja usualmente atribuído a uma mesa diretora, esse envolve temas de gestão administrativa, contábil e financeira que atraem a responsabilidade direta e pessoal do vereador que preside a Câmara.

20 CASTRO, José Ricardo Pereira de **Ativismo de Contas: controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas**. Ed. Jam-Jurídica, 2015, pg. 127.

21 Nos termos do artigo 14, § 4º são inelegíveis os inalfabetos e os analfabetos. A contrário senso, basta ser alfabetizado para ser elegível, sem qualquer outra demanda por formação ou qualificação específica.

Especialmente grave é a situação nos municípios de pequeno porte, assim considerados os que possuem até cinquenta mil habitantes, em que os quadros de pessoal existentes nos legislativos municipais são notoriamente inadequados e insuficientes para proporcionar aos vereadores adequada assessoria ao pleno desempenho das atribuições típicas do controle externo, dada a complexidade de temas e atribuições conferidas aos Municípios pela legislação federal, em confronto com a baixa qualificação ou formação pessoal de ampla maioria dos parlamentares. Diante desse contexto o titular do controle interno assume protagonismo fundamental para a adequada orientação ao Presidente da Câmara Municipal no que tange à gestão do parlamento; e, por via reflexa, estimula a adoção de paradigma similar na atuação da atividade típica do legislativo, no tocante ao controle externo.

Nessa perspectiva a existência de um sistema de controle interno eficaz e capacitado assume uma relevância impar para a boa condução da gestão pública.

O professor Rodrigo Pironti Aguirre de Castro<sup>22</sup> bem destaca ao citar o magistério de Andrade:

Não se trata de desprestígio do administrador (...). Com efeito, o princípio geral que suporta a forma e a estrutura jurídica e administrativa do governo de um Estado bem organizado é o de que a nenhuma pessoa ou grupo de pessoas, em nenhuma hipótese, pode se confiado um poder ilimitado.

O bom governo só pode crescer em aceitação no conceito do povo, na medida em que sinceramente fortalece, na administração pública, os meios de controle e fiscalização.

É fato notório que o desconhecimento dos gestores acerca das técnicas legais de procedimentos administrativos gera inúmeras recomendações pelas desaprovações das contas, em sede de Parecer Prévios emitidos pelos Tribunais de Contas, cujos opinativos são usualmente corroborados pelo parlamento municipal, pois somente deixam de prevalecer quando rejeitados por dois terços dos membros da Câmara, conforme preconiza a Carta Federal, artigo 31, parágrafos 2º e 3º.

E, rejeitadas as contas, a partir do advento da Lei Complementar nº 135/2010, torna-se o prefeito inelegível<sup>23</sup>.

Sublinhe-se que as desaprovações podem decorrer de falhas formais nas prestações de contas anuais e não necessariamente por motivo de corrupção e malversações de recursos públicos.

Frequentes são os argumentos esgrimidos por gestores municipais no sentido de as irregularidades serem de natureza formal, decorrente do desconhecimento de regras específicas de procedimentos intrínsecos da administração pública, a exemplo do procedimento licitatório, pregão eletrônico, contabilidade e prestação de contas.

22 CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Ensaio Avançado de controle interno: profissionalização e responsividade**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pg. 161.

23 Artigo 2º da LC n. 135/2010 que deu nova redação ao artigo 1º, inciso I, alínea g, da LC n. 64/1990: g) 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 irrecorrível 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, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

Destarte, é inegável que uma gestão municipal que viabilize um sistema de controle interno com qualificação técnica capaz de se desincumbir das atribuições expressamente elencadas nos incisos I ao IV artigo 74 da Constituição Federal, artigos 76 a 80 da Lei Federal nº 4320/1964 e artigos 54 e 59 da Lei de Responsabilidade Fiscal, será uma administração que além de prezar pelo respeito aos princípios da legalidade, economicidade e legitimidade prestará um serviço eficiente à população.

A adoção de um sistema de controle interno qualificado ressoa diretamente na capacidade do gestor municipal adotar boas práticas de governança, em benefício da sociedade e do regime democrático, na exata medida em que os atos de gestão serão melhores direcionados para a execução dos programas e políticas públicas previstos constitucionalmente e no cumprimento do plano de governo proposto na plataforma eleitoral.

#### **4. O ATIVISMO DE CONTAS: UMA AUTOPOIESE DA INTERFFACE ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS DE CONTROLE INTERNO E EXTERNO**

Até bem pouco tempo atrás, nos anos 70 e 80 o trabalho dos órgãos de Controle Interno era dificultoso, uma vez que a contabilidade não era informatizada, não havia conta única para gestão financeira e a quase totalidade do tempo dos órgãos de controle era dedicada à produção de informações.

Atualmente, os sistemas de controle receberam novo vigor em razão da adoção das novas tecnologias de informação.

Contudo, há uma grande disparidade na qualidade dos controles efetuados, pois nem todos os entes subnacionais são dotados de pessoal qualificado e com conhecimento técnico adequado aos avanços alcançados pelas novas tecnologias.

A União e os Estados já contam com instituições de controle e fiscalização próprias, notadamente a Corregedoria Geral da União e dos Estados, e as Secretarias da Fazenda. São agremiações amadurecidas, com um corpo técnico preparado para o exercício de suas atribuições, e que têm tido resultados notáveis na fiscalização financeira, contábil, orçamentária, operacional e patrimonial, atuando adequadamente em apoio ao controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, e pelos Tribunais de Contas Estaduais e Distrital.

Tome-se por exemplo a notícia divulgada em 2017, segundo a qual o Estado de Santa Catarina economizou 20 milhões aos cofres públicos, através da auditoria para identificar incorreções na folha de pagamento dos servidores estaduais, e, segundo nota<sup>24</sup> do CONACI, desde 2011, soma-se um total de R\$ 179,21 milhões de economia aos cofres do estado. Auditoria esta levado a efeito através da Secretaria da Fazenda, por meio da Diretoria de Auditoria Geral.

24 SANTA CATARINA: COMO O ESTADO ECONOMIZOU R\$ 20 MILHÕES EM 2017? Disponível em: <<http://conaci.org.br/santa-catarina-como-o-estado-economizou-r-20-milhoes-em-2017/>>. Acesso em: 26. mar. 2018.

Segundo Relatório publicado<sup>25</sup> em 2014 pelo CONACI, uma auditoria da Corregedoria Geral da União no Programa Bolsa Família resultou na exclusão de 664 mil famílias, permitindo, porém, a entrada de igual número de novas famílias, que realmente necessitavam do benefício, sem acréscimo de despesa.

Estes são dois singelos exemplos da atuação das entidades de controle das esferas estaduais ou nacional, que trouxeram impactos em proporção enormes e diretos à população, nos quesitos de economicidade, eficácia e eficiência.

Pouco são os exemplos positivos na esfera municipal, protagonizados pelos órgãos de controle interno dos entes subnacionais.

Assim, o papel dos Tribunais de Contas no incentivo ao aprimoramento do sistema de controle interno dos Poderes Executivos e Legislativos dos Municípios merece destaque a fim de fomentar a governança pública em âmbito local, mas com repercussão nacional.

É justamente essa a proposta para um ativismo de contas: por meio de uma ação contínua e coordenada pelos Tribunais de Contas, seja no âmbito da emissão de parecer prévio ou no julgamento das contas e demais atos dos gestores municipais, propugnar pelo aprimoramento dos órgãos de controle interno, em especial a partir da aferição da qualificação técnica de seus integrantes.

A tese que aqui se advoga está em consonância com a análise conclusiva do procedimento de Relatório<sup>26</sup> de Levantamento realizado pelo Tribunal de Contas da União, concluída em 2015, de iniciativa da Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas, sobre a Governança Pública em âmbito nacional, de relatoria do Ministro João Augusto Ribeiro Nardes.

O Voto do Ministro do Tribunal de Contas da União, Vital do Rêgo, remete à concepção da imperiosa e necessária quebra de ciclo do erro abusivo que pretendemos transpor, através do ativismo de contas:

A atuação coordenada dos tribunais de contas é, a meu ver, uma das formas mais efetivas de exercer o controle da administração pública, principalmente das funções de governo compartilhadas entre as esferas federal, estadual e municipal.

(...)

A falta de definição de estratégias para o alcance dos objetivos institucionais, por exemplo, impede o aproveitamento, pelas organizações, dos recursos públicos a ela disponibilizados, levando ao desperdício e à má-gestão. Já a ausência de envolvimento da sociedade na seleção das políticas públicas resulta na definição de estratégias que não atendem aos anseios dos cidadãos. Por outro lado, a insuficiência de mecanismos de controle multiplica a ocorrência de erros e é uma porta aberta para fraudes e desvios.

25 O CONTROLE INTERNO GOVERNAMENTAL NO BRASIL, VELHOS DESAFIOS, NOVAS PERSPECTIVAS Disponível em: <<http://conaci.org.br/p-content/uploads/2014/12/O-Controle-Interno-Governamental-no-Brasil-PORT-9-8-141.pdf>> Acesso em 27. mar. 2018.

26 Acórdão do Tribunal de Contas da União de 27 de maio de 2015, no processo 020.830/2014-9 (acórdão nº 1273/2015), Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas.

Conheço, de longa data, as dificuldades que um prefeito recém empossado enfrenta para organizar e planejar a sua gestão, sem apoio efetivo dos governos estaduais e municipais. Estou convicto de que o relatório ora apreciado será como uma bússola a guiar os responsáveis pela gestão pública interessados de fato na promoção do bem comum.

A função fiscalizadora dos Tribunais de Contas pode e deve incidir de forma peremptória na análise da governança pública municipal, de forma a aperfeiçoar os mecanismos de *accountability*<sup>27</sup>, conferindo maior eficiência e efetividade à execução das políticas públicas.

Trata-se de um sistema orgânico, interdependente, imbricado por uma série de engrenagens que, ora maximizam os resultados pretendidos, ora podem causar prejuízo (se mal executados os controles), e, em razão da permanente interação, própria do sistema, impactam diretamente na gestão da governança.

Nessa vereda, José Isaac Pilati e Maurício Cunha Savino Filó<sup>28</sup> apresentam exegese pertinente acerca da teoria dos sistemas de Luhmann:

Luhmann teria buscado na teoria dos biólogos chilenos Maturana e Varela a ideia da chamada “autopoiesis dos sistemas vivos”, segundo a qual seria o próprio sistema que ora fechado, ora aberto, reage a provocações do meio.

O objeto na teoria luhmanniana é a diferença; encarada em dois lados o sistema seria o lado interno enquanto o ambiente seria o lado externo. (...)

Um sistema possui diversas possibilidades para realizar transformações quando é retirado do estado que se encontra por força do ambiente; porém, deve escolher a que seja a melhor para continuar funcionando. Após a reação que ocorre dentro de suas possibilidades, as demais alternativas ficam guardadas para ações posteriores. Mas o curioso é que o próprio sistema torna-se cada vez mais complexo, pois como ele mesmo se modificou, possui maior riqueza de alternativas de ação.

Evidencia-se a existência de uma autopoiese entre os sistemas de controle interno e controle externo. Tal ocorrência se manifesta em razão da relação de retroalimentação entre os dois sistemas.

Os sistemas de controle interno e controle externo integram o sistema jurídico, pois ambos estão positivados na Constituição Federal.

Assim, embora se tratem de sistemas distintos, fechados, inseridos no sistema jurídico, há um modo de intercomunicação entre os sistemas de controle, cuja

<sup>27</sup> *Accountability* é um conceito da esfera ética com significados variados. Frequentemente é usado em circunstâncias que denotam responsabilidade civil, imputabilidade, obrigações e prestação de contas. Na administração, a *accountability* é considerada um aspecto central da governança, tanto na esfera pública como na privada, como a controladoria ou contabilidade de custos. Na prática, a *accountability* é a situação em que “A reporta a B quando A é obrigado a prestar contas a B de suas ações e decisões, passadas ou futuras, para justificá-las e, em caso de eventual má-conduta, receber punições.” Em papéis de liderança, *accountability* é a confirmação de recepção e suposição de responsabilidade para ações, produtos, decisões, e políticas incluindo a administração, governo e implementação dentro do alcance do papel ou posição de emprego e incluir a obrigação de informar, explicar e ser responsáveis para resultar consequências positivas. ACCOUNTABILITY. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2017. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Accountability&oldid=49751852>>. Acesso em: 16. mar. 2018.

<sup>28</sup> PILATI, J. I.; FILÓ, M. da C. S. **Políticas públicas na visão de Luhmann: considerações a propósito da participação popular**. Actio Revista de Estudos Jurídicos. Maringá. Vol. 2, n. 25, pág. 178 a 196 (jul/nov), 2015.

interação (*input*) de acompanhamento e avaliação insere novo modo de operação nos sistemas, em uma constante conjugação entre os sistemas.

Ambos os sistemas de controle (interno e externo) integram o mesmo ordenamento jurídico e possuem um código binário próprio, quais sejam, os códigos de leituras acerca do direito e não direito, legal e ilegal, legítimo e ilegítimo, econômico e antieconômico.

Trata-se em verdade, de um processo de *inputs* que o sistema de controle de contas da administração pública proposta nos artigos 31 e 74 da Norma Fundamental, mediante a intercomunicação do sistema de controle interno, com suas deficiências, com o sistema de controle externo, que não chegam a causar corrupção sistema<sup>29</sup>, obriga a atuação ativa do controle externo, no sentido de ativismo, para corrigir distorções e (re)orientar o administrador público para o cumprimento da norma Constitucional, de acordo com os vetores binários (direito e não direito, legal e ilegal, legítimo e ilegítimo, econômico e antieconômico).

A expressão ativismo de contas cunhada neste artigo é oriunda da expressão "ativismo judicial<sup>30</sup>" e foi tratada recentemente pelo Procurador do Ministério Público de Contas José Ricardo Parreira de Castro em sua relevante obra, já citada, *Ativismo de Contas: Controle das Políticas Públicas pelos Tribunais de Contas* (2015, pág. 198). Nas palavras do autor, o ativismo de contas pode ser compreendido como:

[...] Atividade de controle externo, de atribuição dos Tribunais de Contas, de maneira a interferir, com mais vigor, no âmbito da Administração Pública objeto de controle, visando, com isso, concretizar, em maior ou menor grau, os valores e fins estabelecidos na Constituição. Vale dizer: as competências atribuídas aos Tribunais de Contas passariam a ser exercidas de forma mais ativa, em situação onde os poderes de controle e auditoria atribuídos às Cortes de Contas passariam a ser utilizados tal como as Cortes Judiciais utilizam a jurisdição, principalmente nos casos de inércia legislativa e de insuficiência/inexistência de políticas públicas.

O que se pretende, é um ativismo dos Tribunais de Contas, que ao exercerem o controle de legalidade, economicidade e legitimidade dos atos, avaliem com rigor o que tange à implantação e a implementação do sistema de controle interno, a fim de aprimorá-lo, em especial quando seus titulares não ostentarem qualificação técnica adequada à importância das atribuições da função.

Quanto à adequada qualificação técnica, poder-se-ia exigir formação técnica similar à prevista no artigo 73, §1º, inciso III da Constituição Federal para os integrantes

29 "O entorno provoca ressonância, ruído de fundo, mas não modifica o sistema, que se encontra imunizado em relação a tais aspectos. Portanto, a dicotomia sistema/entorno torna possível a auto-referencialidade dos sistemas". (p.74).ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito.**

30 Segundo Barroso, "a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas."

BARROSO, L.R. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível na internet via <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743> Acesso em 08. Abr. 2018.

do controle externo, conforme exposto adiante, e adotá-lo como paradigma de verificação de legitimidade, economicidade e legalidade a fim de re(conformar) o sistema de controle interno.

Se, por um lado, cabe ao sistema de controle interno apoiar o controle externo no exercício de sua missão constitucional, conforme dicção expressa do artigo 74, inciso IV, da Constituição Federal, não menos verdade é que aos Tribunais de Contas, no exercício das atribuições elencadas no artigo 71, da referida Carta, em conformidade com os preceitos e princípios dos artigos 37 e 70, podem contribuir sobremaneira para o aperfeiçoamento<sup>31</sup> do sistema de controle interno.

Desta feita, o controle interno se metamorfoseia em seu ideal constitucional, o que corresponderá à um aumento da sua capacidade de protagonizar, instrumentalmente, uma gestão de boa governança dos municípios.

Assim, à medida que o sistema de controle interno se transformou, será capaz de dar novas respostas ao Controlador Externo. Redundará no envio de relatórios gerenciais substancialmente eficientes, eficazes e capazes de gestar resultados almejados.

Novamente, a autopoiese que ocorre em razão da interface entre os sistemas culminará na transformação do Órgão de Controle Externo pelo Sistema de Controle Interno, potencializando a capacidade de as duas instituições corrigirem distorções na gestão da *res publicae*.

A título de exemplo do alcance da autopoietica existente entre esses sistemas destaca-se o recém inaugurado IEGM<sup>32</sup> – Índice de Efetividade da Gestão Municipal, endossado pelos Tribunais de Contas Brasileiros.

A tônica deste Índice é avançar da auditoria de processos para a avaliação de efetividade de políticas públicas, tendo como inovação uma auditoria de resultados, verificando se os gastos públicos foram bem dirigidos, por meio dos indicadores das políticas de: educação, saúde, planejamento, gestão fiscal, meio ambiente, cidades protegidas e governança da tecnologia da informação.

À medida que os sistemas de controle interno sejam aprimorados e desenvolvidos por imposição dos paradigmas de atuação previstos pela CF/88 (nos artigos 31 e 74) e na Lei de Responsabilidade Fiscal (artigos 54, parágrafo único e 59), os sistemas de controle institucional, interno e externo, se transformam e se abrem para novas concepções de governança.

31 Nesse ponto, há que se destacar a inviabilidade da terceirização do controle interno, por meio da contratação de assessorias técnicas.

32 "O IEGM foi concebido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e adotado com sucesso pela quase totalidade de Tribunais de Contas Brasileiros no ano passado (2016). Neste ano, principalmente devido ao incansável esforço do Instituto Rui Barbosa, que tem como foco o aprimoramento das atividades exercidas nos Tribunais de Contas do país, todos os Estados, incluindo o Paraná, aderiram à Rede Nacional de Indicadores – cujo principal objetivo é implantar o IEGM. O Índice de Efetividade da Gestão Municipal é calculado através das informações apuradas a partir de questionários em 7 dimensões: Educação; Saúde; Planejamento; Gestão Fiscal; Meio Ambiente; Cidades Protegidas; Governança da Tecnologia da Informação. Estas informações irão compor demonstrativos que servirão aos prefeitos, vereadores e demais gestores públicos como ferramenta de aferição de resultados, reavaliação de prioridades e para aperfeiçoamento do planejamento. A divulgação do IEGM através da internet, da mídia e das redes sociais, por sua vez, é um importante instrumento de transparência e controle social, visto ser uma rápida e eficiente maneira para se levar ao cidadão informações acerca da efetividade das administrações municipais e permiti-lo tornar-se uma extensão do tribunal, em sua missão fiscalizadora. Fonte: Site Institucional Tribunal de Contas do Paraná". <http://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2017/5/pdf/00316308.pdf> Acesso em: 09. abr. 2018.

No exemplo citado, o Índice de Efetividade da Gestão Municipal desponta em um horizonte de novas transformações sociais e novas políticas de governança, haja vista que irá potencializar o uso dos mecanismos de controle para o alcance de resultados em políticas públicas.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS PARA A MELHORIA DO SISTEMA DO CONTROLE INTERNO NOS MUNICÍPIOS E APERFEIÇOAMENTO DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2009**

Este artigo não pretende o exame aprofundado das atribuições do profissional responsável pelo sistema de controle interno, mas enfatizar o papel dos Tribunais de Contas quanto à missão institucional de avaliar a sua conformação de sua instituição ao ordenamento jurídico e, em especial, ao princípio da eficiência de que tratou a Emenda Constitucional nº 19.

O gestor municipal ao designar responsável para o exercício do cargo de controlador interno exerce ato típico de direito público, vinculado ao regime jurídico administrativo. Logo, deve observar as normas e os princípios que vinculam toda a Administração Pública, dentre os quais o princípio da eficiência, da moralidade, da publicidade, da impessoalidade e da legalidade.

De seu turno, os Tribunais de Contas, ao emitirem o parecer prévio e ao validar os demais atos de gestão emanados do Poder Executivo, ou ao exercerem um juízo de avaliação e conformação quanto ao sistema de controle interno municipal, para além de uma análise burocrática e ordinária, também não podem se descuidar da observância das normas e dos citados princípios; o que lhes impõe uma atuação corretiva sempre que identificada uma desconformidade.

A produção doutrinária e as manifestações jurisprudenciais<sup>33</sup> acerca do sistema de controle interno foram esculpindo os contornos de qualificação e exercício da função, conferindo diretrizes e parâmetros de racionalidade administrativa, visando garantir a eficácia do mecanismo.

São critérios de conformidade que, se replicados via ativismo de contas, terão por efeito aprimorar o exercício do controle interno, com vistas ao cumprimento dos mandamentos constitucionais, potencializando a eficiência na gestão municipal.

Dentre os critérios indicados pelas Cortes de Contas<sup>34</sup> se elencam o princípio da segregação das funções, o princípio da independência técnico-funcional, o princípio da relação custo/benefício, o princípio da qualificação adequada, o princípio da temporalidade e o princípio da aderência a diretrizes e normas.

33 Além das inúmeras decisões proferidas pelos Tribunais de Contas em sede de consulta, prejulgado ou uniformização de jurisprudência, relativas à instituição do controle interno há que se pôr em relevo a excelente qualidade dos manuais e cartilhas produzidas pelas Escolas de Contas sobre o referido tema.

34 Cabe uma nota de rodapé para mencionar a atuação exemplar do Tribunal de Contas de Rondônia, que elaborou a Instrução Normativa nº 44/2015, a qual estabelece as diretrizes gerais sobre a implementação e operacionalização do sistema de controle interno para os entes jurisdicionados.

São subprincípios que servem à concretização do princípio da eficiência, com função integrativa no que tange ao exercício controle interno.

A performance do profissional do sistema de controle interno é sistêmica, envolve questões técnicas, políticas e sociais, no auxílio ao gestor municipal na tomada de decisão, visando salvaguardar os recursos públicos contra perdas provenientes de desperdício, abuso administrativo, desordem administrativa, erros e fraudes e outras irregularidades administrativas e ou jurídicas<sup>35</sup>.

Desta feita, poder-se-ia, por analogia, utilizar o critério jurídico aplicado para selecionar os profissionais de controle externo, previsto no artigo 73, §1º, inciso III da Constituição Federal, "*notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública*".

Trata-se de um critério mínimo a ser observado pelo gestor, que, além disso, objetivando a eficácia e eficiência, se servirá melhor e mais adequadamente, dentro de um critério discricionário, de um profissional que também tenha habilidade oral e escrita, uma vez que o controlador precisa transmitir informações e coordenar equipes envolvidas em todos os setores da administração pública, de maneira objetiva e transparente.

Assim, a decisão do poder público, quanto ao provimento do cargo de responsável pelo Sistema de Controle Interno Municipal, será sempre ilegítima quando se afastar desses princípios, mesmo não transgredida explicitamente norma concreta e expressa.

Também não é demais lembrar a recente edição do Código de Proteção dos Usuários de Serviços Públicos, Lei Federal nº 13.460, de 26 de junho de 2017, que em breve entrará em vigor, que estabelece<sup>36</sup> a obrigatoriedade de todos os entes federativos instituírem ouvidorias e conselhos de usuários, editarem Carta de Serviços e Regulamento de Avaliação da Efetividade da prestação de serviços, bem como mecanismos de aferição da satisfação do usuário, o que evidentemente demanda a criação de uma estrutura umbilicalmente vinculada ao sistema de controle interno.

Tudo a demonstrar a urgente necessidade de requalificação do sistema de controle interno municipal.

35 CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Sistema de Controle Interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial**; prefácio de Romeu Felipe Bacellar Filho. 2 ed. rev. amp. Fórum, 2008. Belo Horizonte,pg. 155.

36 Art. 23. Os órgãos e entidades públicos abrangidos por esta Lei deverão avaliar os serviços prestados, nos seguintes aspectos:

I - satisfação do usuário com o serviço prestado;

II - qualidade do atendimento prestado ao usuário;

III - cumprimento dos compromissos e prazos definidos para a prestação dos serviços;

IV - quantidade de manifestações de usuários; e

V - medidas adotadas pela administração pública para melhoria e aperfeiçoamento da prestação do serviço.

§ 1º A avaliação será realizada por pesquisa de satisfação feita, no mínimo, a cada um ano, ou por qualquer outro meio que garanta significância estatística aos resultados.

§ 2º O resultado da avaliação deverá ser integralmente publicado no sítio do órgão ou entidade, incluindo o ranking das entidades com maior incidência de reclamação dos usuários na periodicidade a que se refere o § 1º, e servirá de subsídio para reorientar e ajustar os serviços prestados, em especial quanto ao cumprimento dos compromissos e dos padrões de qualidade de atendimento divulgados na Carta de Serviços ao Usuário.

(...)

Art. 25. Esta Lei entra em vigor, a contar da sua publicação, em:

I - trezentos e sessenta dias para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de quinhentos mil habitantes;

II - quinhentos e quarenta dias para os Municípios entre cem mil e quinhentos mil habitantes; e

III - setecentos e vinte dias para os Municípios com menos de cem mil habitantes."

Aliás, não é por outra razão que já em 2009 foi apresentada perante o Senado Federal a Proposta de Emenda à Constituição nº 45<sup>37</sup>, a qual visa acrescentar o inciso XXIII ao art. 37 da Constituição Federal, dispondo sobre as atividades do sistema de controle interno.

O cerne da proposta está em reconhecer o sistema de controle interno como atividade essencial ao funcionamento da administração pública, contemplando as funções de ouvidoria, controladoria, auditoria governamental e correição, a serem desempenhadas por órgãos de natureza permanente, exercidas por servidores organizados em carreira específica.

Dentre as justificativas apresentadas pelo Senador Renato Casagrande para a alteração constitucional pretendida, estão *“as frequentes irregularidades e ineficiências denunciadas na Administração Pública nacional”* que tem *“como uma de suas causas mais essenciais a ausência de um mecanismo estruturado e eficaz de controle”*; ocasião em que aponta como grave irregularidade o controle *“feito por terceiros”*.

A PEC nº 45/2009 consolida a noção de que a função de controlador interno deve ser exercida por servidor de carreira, concursado, que possa atuar com independência, de modo a fortalecer a própria gestão pública.

Trata-se de um diploma que vem afastar da administração pública certa indulgência na aferição de regularidade da constituição de um controle interno efetivo e eficiente, nos termos do que já preconiza a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional de regência.

Não se ignora aqui as dificuldades dos municípios de pequeno porte em atrair quadros qualificados para dar concretude a ampla gama de atribuições cometidas a esses entes subnacionais, fato que também mereceria uma atuação mais específica do ativismo de contas, até para estimular o debate acerca da organização político-administrativa dos entes federativos e das opções que se descortinam no âmbito das soluções previstas no artigo 18, § 4º, da Constituição Federal, a partir dos estudos de viabilidade municipal.

Nesse ponto, urge fazer uma análise crítica da versão final da proposta contida na PEC nº 45/2009, que embora, de forma pertinente, ressalte a necessidade da criação de um só órgão, que aglutine as funções de controladoria, ouvidoria, auditoria e corregedoria, o faz com vistas à experiência que se tem na União e nos Estados, desconsiderando a quase absoluta impossibilidade de que um órgão com tal envergadura venha a ser efetivamente instituído em pequenos parlamentos municipais, cujo quadro de servidores efetivos se limitam a três ou quatro pessoas (o contador, o assessor jurídico, e um agente administrativo e/ou um auxiliar de serviços gerais).

37 SENADO FEDERAL, **Projeto de Emenda Constitucional nº 45/2009**. Acrescenta o inciso XXIII ao art. 37 da Constituição Federal, dispondo sobre as atividades do sistema de controle interno. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/93534>>. Acesso em: 05.abr. 2011.

Considerando o princípio do aprimoramento das instituições públicas e o rito próprio da tramitação das propostas de emenda à Constituição, vislumbra-se na PEC nº 45/2009 relevante *lócus* de discussão acerca das condições de constituição do sistema de controle interno nos parlamentos municipais, ocasião em que se poderia limitar a obrigatoriedade de sua instituição aos entes federativos com população mais significativa, e nos pequenos parlamentos, aglutinando-se as funções do sistema de controle interno às atividades de assessoramento jurídico.

De qualquer forma, ainda que a referida PEC nº 45/2009 não encontre terreno fértil para se transformar em preceito constitucional, ou, em sentido contrário, mesmo em sendo positivado no ordenamento o que nela se contém, revela-se essencial para o aprimoramento da gestão pública o ativismo de contas, requalificando a prestação de serviços públicos e a boa governança, a partir do singelo exame da qualificação técnica dos titulares do sistema de controle interno, concernente sua legalidade, legitimidade e economicidade.

Nesta toada, considerados os mecanismos de autopoiese, o próprio controle externo se requalifica em razão da relação de retroalimentação operante entre os dois sistemas, proporcionando ao cidadão melhores serviços públicos, por meio de uma gestão mais eficiente dos recursos, em conformidade com os princípios da boa governança.

## 6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível na internet via <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=4773>. Acesso em 08. abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei Complementar, nº 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de maio de 2000.

BRASIL. Lei Complementar, nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 de junho de 2017.

BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília/DF. 1995. Disponível na internet via <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor.pdf>. Acesso em 02. abr. 2018.

CASTRO, José Ricardo Pereira de. *Ativismo de Contas: controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas*. Ed. Jam-Jurídica, 2015, pg. 150.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Sistema de Controle Interno: uma perspectiva do modelo de gestão pública gerencial*. 2 ed. Ver. Amp. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Ensaio Avançado de controle interno: profissionalização e responsividade. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pg. 161.

FREITAS, Juez. *As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração pública*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Volume. 35, n. 1 jan/jun 2015. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079>. Acesso em 27.mar. 2018.

FREUD, S. *O mal-estar na civilização*. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, vol. XXI. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

PILATI, José Isaac; FILÓ, Maurício da Cunha Savino. *Políticas públicas na visão de Luhmann: considerações a propósito da participação popular*. Actio Revista de Estudos Jurídicos. Maringá. Vol. 2, n. 25, pág. 178 a 196 (jul/nov), 2015.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. 2ª ed. 2013. p.74.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

SENADO FEDERAL. Projeto de Emenda Constitucional nº 45/2009. Acrescenta o inciso XXIII ao art. 37 da Constituição Federal, dispondo sobre as atividades do sistema de controle interno. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/93534>>. Acesso em: 05. abr. 2011.

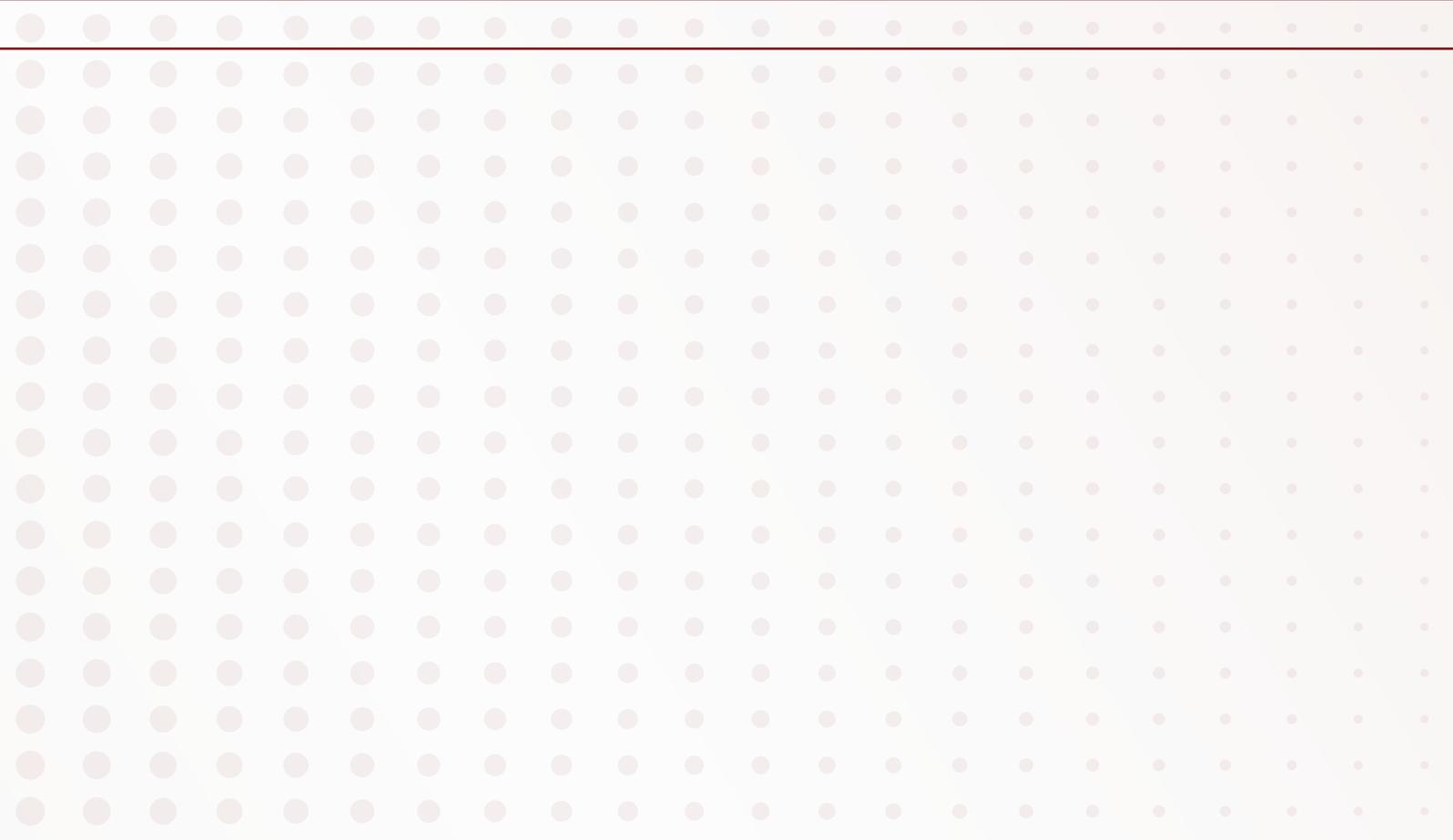
WEBER, Max. *Economia y sociedad*. Trad. José Medina Echavarría. 2. ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 1999.

doutrina



# **pareceres ministeriais selecionados**

---



# pareceres ministeriais selecionados

**PROTOCOLO Nº:** 314619/18  
**ORIGEM:** ESTADO DO PARANÁ  
**INTERESSADO:** ADEMAR LUIZ TRAIANO, ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ, CARLOS ALBERTO RICHÁ, ESTADO DO PARANÁ, MARIA APARECIDA BORGHETTI  
**ASSUNTO:** PRESTAÇÃO DE CONTAS DO GOVERNADOR DO ESTADO  
**PARECER:** 789/18

*Prestação de contas anual. Estado do Paraná. Exercício de 2017. Apontamentos pertinentes à gestão orçamentária, financeira, patrimonial, previdenciária e fiscal. Parecer prévio pela irregularidade das contas, com oposição de ressalvas, determinações e recomendações.*

Trata-se de expediente de prestação de contas do Poder Executivo do Estado do Paraná, atinentes ao exercício de 2017, de responsabilidade do ex-Governador Carlos Alberto Richa.

O processo foi formalizado no Tribunal de Contas mediante encaminhamento da Presidência da Assembleia Legislativa (peça 3), contendo os documentos estabelecidos na Instrução Normativa nº 136/2017-TC, encartados nas peças 4 a 81 dos autos digitais.

Em seu exame inicial, a Coordenadoria de Gestão Estadual destacou os principais fatos pertinentes à gestão quanto aos resultados orçamentários, financeiros, patrimoniais e fiscais, elucidando, ainda, as ressalvas, determinações e recomendações proferidas nos pareceres prévios de contas dos exercícios anteriores que careceriam de implementação (Instrução nº 23/18, peça 86). Ao fim, sugeriu oportunizar o contraditório ao Poder Executivo, a fim de que fossem esclarecidas as impropriedades consignadas.

Por determinação do Relator (Despacho nº 558/18, peça 87), foram a Governadora do Estado e o gestor das contas citados para apresentar os esclarecimentos que reputassem necessários quanto aos apontamentos técnicos (peças 91 e 94). A defesa do Poder Executivo foi providenciada conforme as manifestações dos órgãos do Estado, constantes das peças 97 a 109, às quais aderiu o ex-gestor (peça 111).

Retornando à avaliação da Coordenadoria de Gestão Estadual, a unidade técnica apreciou os argumentos da defesa, concluindo pela regularidade das contas, com

a oposição de 24 ressalvas e a emissão de 18 determinações e 6 recomendações (Instrução nº 226/18, peça 113).

Por fim, atendendo à tramitação regimental, a Diretoria Jurídica da Corte lavrou opinativo em que se posicionou pela observância das formalidades legais e, no mérito, subscreveu as conclusões da CGE (Parecer nº 400/18, peça 114). Além disso, observou a necessidade de aprimoramento da instrução da prestação de contas anual do Poder Executivo, de modo que as observações da equipe de fiscalização designada pelo Relator passassem a compor o exame técnico, bem como que a Coordenadoria de Monitoramento e Execuções trouxesse informações acerca do cumprimento das deliberações anteriores. Sem embargo das conclusões técnicas alcançadas quanto ao mérito das contas, sugeriu que a Coordenadoria-Geral de Fiscalização incluísse nos trabalhos da Corte ações específicas para avaliar os incentivos fiscais ofertados pelo Estado, assim como a implementação dos fundos especiais reputados necessários na tramitação do Projeto de Lei nº 360/2017.

Após, vieram os autos ao exame do *Parquet*.

Preliminarmente, cumpre salientar que, em face de determinação do Relator, esta Procuradoria-Geral teve ciência de ofício remetido ao Chefe do Poder Executivo (Ofício nº 31/17-CG 2017), no qual se informou a inviabilidade de prorrogação de prazo para apresentação de contraditório neste expediente, haja vista que, no curso do exercício de 2017, foram solicitados esclarecimentos acerca dos apontamentos pertinentes ao exame da matéria. Cópia dessa missiva consta dos autos de requerimento interno nº 792045/17.

Ocorre, porém, que posteriormente à ciência deste Ministério Público e das unidades instrutivas da prestação de contas do Governador, foi acostada àquele procedimento vasta documentação reunida pela equipe de acompanhamento no exercício em questão. De seu conteúdo não foram cientificados – ao menos formalmente – os agentes envolvidos na instrução deste processo de contas anuais, tampouco se tendo determinado o oportuno apensamento (como apregoam os art. 364 e 212, § 1º do Regimento Interno desta Corte), de modo a possibilitar a análise conjunta dos documentos.

Nesse contexto, e endossando as ponderadas observações da Diretoria Jurídica, parece-nos que a sobrevivência das informações da equipe técnica responsável pelo acompanhamento da gestão *previamente* à instrução conclusiva poderia robustecer o opinativo, propiciando uma avaliação mais aprofundada de questões materiais evidenciadas a partir do conjunto documental.

Assim, ao passo que se sugere o **apensamento** daqueles autos neste expediente de prestação de contas, **recomenda-se** que em futuros exercícios as considerações da equipe de acompanhamento passem a compor a prestação de contas da Chefia do Poder Executivo Estadual, de modo a serem examinadas, com os respectivos documentos, pelas unidades técnicas, pelo Ministério Público e, afinal, pelo próprio Plenário.

Superada essa questão, ainda no aspecto formal, impõe-se consignar que, consoante elucidou a CGE, este expediente de prestação de contas ressenete-se do documento exigido no art. 3º, inciso XXXVII da IN nº 137/2017 – *instrumento de planejamento que tratou da programação financeira e do cronograma de execução mensal de desembolso*.

Submetida a falha ao contraditório, o Poder Executivo trouxe aos autos demonstrativo das cotas trimestrais, porém do exercício de 2018 – circunstância a motivar, no entender da instrução, a aposição de ressalva e determinação para cumprimento do prescrito no art. 8º da Lei Complementar nº 101/2000.

Assim, considerando o lapso documental na composição destes autos, bem como a metodologia aparentemente *anacrônica* da execução orçamentária do Estado<sup>1</sup>, que precisa ser ajustada à Lei de Responsabilidade Fiscal, endossamos desde logo as conclusões técnicas a respeito desse ponto.

No mérito, nada obstante, o Ministério Público diverge pontualmente do juízo de regularidade das contas, reputando que há fatos evidenciados na análise técnica que extrapolam a mera indicação de ressalvas. Destarte, na medida em que se observam preclaras violações à ordem jurídica, entendemos que os pontos a seguir detalhados engendram conclusões distintas das registradas na instrução.

### A) Renúncias de receita

Dentre os apontamentos, a despeito dos esforços envidados para sanar algumas das irregularidades constatadas em exercícios anteriores, denota-se que ainda é sensível no Estado o tratamento dispensado na política fiscal de renúncias de receita.

Nesse aspecto, a instrução registrou ao menos duas causas de ressalva, consistentes na **ausência do demonstrativo a que alude o art. 5º, inciso II da LRF<sup>2</sup> no Projeto da LOA** e na **insuficiência do demonstrativo de estimativa e compensação da renúncia de receita** integrante do Anexo de Metas Fiscais da LDO<sup>3</sup>. Tais falhas, além do apontamento, motivaram a sugestão de realização de *auditoria específica* por parte desta Corte.

1 O estabelecimento de quadro de cotas trimestrais da despesa por unidade orçamentária era exigido pelo art. 47 da Lei nº 4.320/1964. Nada obstante, a partir da edição da Lei Complementar nº 101/2000, impõe-se que a programação financeira anual contemple *cronograma de execução mensal de desembolso*.

2 Art. 5º O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:

(...)

II - será acompanhado do documento a que se refere o § 6º do art. 165 da Constituição, bem como das medidas de compensação a renúncias de receita e ao aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado; (...)

O § 6º do art. 165 da Constituição, por sua vez, dispõe: "O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia".

3 Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e:

(...)

§ 2º O Anexo conterá, ainda:

(...)

V - demonstrativo da *estimativa e compensação da renúncia de receita* e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado.

Constatada a falta do demonstrativo regionalizado do efeito das renúncias de receita e das medidas de compensação na LOA, o Estado apresentou, em sede de contraditório, documento similar ao solicitado na IN nº 136/2017, o que motivou a proposta técnica de ressalva, embora se tenha salientado a incompletude do demonstrativo e sua intempestividade, haja vista que deveria integrar o projeto da lei orçamentária.

Por outro lado, quanto ao demonstrativo exigido para a LDO, a unidade técnica desta Corte asseverou que ele não se presta a demonstrar que os valores não afetarão as metas de resultados fiscais, o que justificaria não se prever medidas compensatórias. Ademais, observou que os benefícios resultantes do Programa Paraná Competitivo não foram considerados na referida tabela, de sorte que há violação à transparência e incompletude do demonstrativo.

Conforme se referiu, tais documentos visam ao cumprimento das exigências normativas do art. 5º, inciso II (quanto à LOA) e do art. 4º, § 2º, inciso V (quanto à LDO) da LRF, os quais, articulando-se com o art. 14 do mesmo diploma legal, evidenciam a necessidade de o órgão público calcar-se nas devidas estimativas do impacto orçamentário-financeiro para a implementação das medidas de renúncia, prevendo de forma planejada os *mecanismos de compensação*.

Reiterando a compreensão já esboçada em exercícios anteriores, além da intempestividade, incompletude e insuficiência dos demonstrativos – que, materialmente, não cumprem seu propósito, ao deixar de evidenciar o real impacto das renúncias de receita nas finanças públicas, bem como de prever as necessárias medidas de compensação – ressoa nítida a violação aos preceitos legais de responsabilidade fiscal, visto que não se observou o requisito formal específico.

Cumprido salientar que, para além da falha formal, consistente na falta do demonstrativo no projeto da LOA e na ausência da coluna específica das medidas de compensação, há irregularidade material em face das falhas constatadas pela instrução. Certamente, ao deixar o Poder Executivo de contemplar medidas compensatórias e de demonstrar o impacto das renúncias de receita nas metas fiscais, resta violado o *princípio do equilíbrio intergeracional* das contas públicas, regente da política fiscal responsável.

Nesse propósito, mais que mera aposição de ressalva, na medida em que há preclaro descumprimento de norma legal, o Ministério Público propõe o juízo de **irregularidade** atinente a este ponto, com esteio no art. 16, inciso III, alínea **b** da LOTC/PR. Ademais, coerente com o posicionamento técnico, reputa-se imprescindível a realização de **auditoria** por parte do Tribunal de Contas para avaliação do real impacto das renúncias de receita na higidez das finanças públicas.

## B) Fundos especiais

Quanto à gestão dos fundos especiais, denota-se que a instrução resume-se a apontar como causa de ressalva a **falta de repasse integral da receita arrecadada**

**à conta do Fundo Especial da Procuradoria-Geral do Estado – FPGE.** A defesa do Poder Executivo, nesse ponto, deixou de se manifestar especificamente, apenas asseverando que não mais irá incorporar o superávit financeiro da fonte ao Tesouro Geral, em face da edição da Lei Complementar nº 203/2017.

Impõe-se destacar que, no exercício de 2017, o repasse a menor para esse Fundo alcançou a cifra de R\$17,4 milhões, o que representa aproximadamente 70% da receita vinculada. Tais receitas são detalhadas no art. 3º da Lei nº 14.234/2003, cumprindo salientar que, dentre as finalidades do FPGE, insere-se o *fomento da arrecadação da dívida pública*.

Como reiteradamente apontamos, os art. 71 a 74 da Lei nº 4.320/1964 evidenciam a necessidade cogente da vinculação das receitas conferidas por lei a determinada finalidade à conta específica dos respectivos fundos especiais. Nessa exata medida, a ausência de repasse pela Secretaria da Fazenda caracteriza irregularidade que não pode deixar de ser repelida por esta Corte de Contas, em virtude do evidente *desvio de finalidade* perpetrado.

Ademais, deve-se refletir que, no específico caso do FPGE, a indevida retenção de suas receitas denota a falta de comprometimento do poder público com uma das finalidades do órgão, consistente no aprimoramento dos mecanismos de recuperação da dívida ativa – o que se articula com a ressalva indicada pela instrução acerca dos baixos percentuais de sua realização. Por medida de coerência, se indicamos a necessidade de melhora da cobrança da dívida, não podemos silenciar quanto à falta de repasse de recursos vinculados legalmente a tal desígnio.

De outro lado, embora haja discussão em procedimentos apartados, persiste a **situação irregular dos fundos submetidos ao regime da Lei nº 18.375/2014**, cujos propósitos foram esvaziados pela ausência de dotação orçamentária específica, pela autorização de utilização de seus recursos em despesas de custeio e pela incorporação de seu superávit financeiro ao Tesouro, inviabilizando a aplicação nas finalidades cometidas pelas respectivas leis instituidoras.

Sem prejuízo dos debates que se desenvolvem a partir do Incidente de Inconstitucionalidade autuado sob nº 997530/16, deve-se ponderar, desde logo, a evidente afronta ao comando normativo do art. 8º, parágrafo único da LRF<sup>4</sup> – motivo bastante a motivar a reprovabilidade da gestão estadual neste ponto, em razão da infração à norma legal.

Destarte, por ambas as razões detalhadas nesta seção, o juízo de **irregularidade** há de se impor sobre as contas deste exercício, haja vista que se perpetuam as más práticas na gestão dos fundos especiais do Estado do Paraná.

Ressalve-se, apenas, quanto aos fundos especiais cuja extinção se intentou mediante o Projeto de Lei nº 369/2017, que não se efetuarão apontamentos em razão de

4 “Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.”

sua inoperância neste exercício. Entretanto, considerando que na tramitação do referido PL (que culminou na edição da Lei nº 19.115/2017) a Assembleia Legislativa houve por bem manter tais fundos especiais, é **dever** do Poder Executivo **adotar as medidas necessárias à plena operacionalização de tais estruturas**, com vistas a cumprir as finalidades legais – pelo que se sugere a expedição de **determinação** nesses termos ao Governo do Estado.

### C) Irregularidades na gestão previdenciária

Em sua primeira intervenção, na Instrução nº 23/18, a CGE ocupou-se de historiar a evolução do regime próprio de previdência social do Estado do Paraná, referindo sua instituição pela Lei nº 12.398/1998, a revisão da segregação de massas pela Lei nº 17.435/2012, a controvérsia a respeito da exação previdenciária de inativos e pensionistas, a questionável<sup>5</sup> reestruturação do plano de custeio pela Lei nº 18.469/2015, bem como o termo de compromisso para encontro de contas firmado em 18/06/2015.

Avançando sobre a caracterização do sistema previdenciário, consignou o **déficit orçamentário do regime**, na monta de **R\$544,4 milhões**, resultado aprofundado pelo déficit do Fundo de Previdência, único estruturado sob o regime de capitalização, equivalente a R\$535,6 milhões.

Nesse ponto, a instrução registrou a **falha na contabilização de insuficiências financeiras** (abrangendo também os recursos transferidos mediante o citado termo de compromisso) como execução orçamentária, diversamente do que normatiza o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público – já ressaltada no exercício pretérito pelo Tribunal de Contas, determinando-se sua correção. Também, evidenciou divergência dos valores informados pelo Estado do Paraná e pelo Paranaprevidência.

Avaliando as demonstrações contábeis dos fundos de natureza previdenciária, a CGE apontou a **falta de repasse de recursos da ordem de R\$729,3 milhões de parte do Estado do Paraná**, abrangendo em sua imensa maioria a cota patronal sobre inativos e pensionistas. E, considerando a inobservância dos pressupostos atuariais do regime próprio, demonstrou que **todos os fundos acumulam resultados financeiros deficitários**, ao passo que o Fundo de Previdência apresenta **déficit atuarial significativo de R\$16,6 bilhões**.

Submetidas tais questões ao contraditório, resumiu-se o Estado a apontar que a contabilização das insuficiências financeiras dos fundos de repartição simples (Fundo Financeiro e Fundo Militar) passou a observar a normativa contábil a partir do exercício de 2018. Também, afirmou que o sistema passou por nova mensuração atuarial, mas os autos ressentem-se do respectivo laudo de avaliação.

<sup>5</sup> Conforme observou a própria CGE, o Parecer Técnico MPS/SPPS/DRPSP/GCACI/CCOAT nº 011/2015 sustentou a **irregularidade da nova segregação de massas**, em virtude do patente **desequilíbrio financeiro e atuarial**, que promove a **descapitalização** do Fundo de Previdência à razão de **R\$2 bilhões ao ano**.

A situação retratada pela instrução evidencia que o sistema previdenciário estadual está **à beira do colapso**, contabilizando sucessivos resultados deficitários num cenário em que nem mesmo as obrigações mais mezinhas são honradas pelo poder público. Tal panorama já vem sendo retratado há muito pela unidade técnica no exame das contas do Chefe do Poder Executivo Estadual – embora sem que tenha motivado o juízo de irregularidade, posição reiteradamente sustentada por este *Parquet*.

Veja-se que, no exercício em análise, persiste a absoluta **ausência de repasse da contribuição patronal sobre a folha de inativos e pensionistas**, além de **outras parcelas referentes à contribuição dos próprios inativos e pensionistas**, circunstância que compromete o equilíbrio financeiro-atuarial do sistema, sem a apresentação de quaisquer justificativas de parte do Estado do Paraná.

Tal proceder, além de **ilegal** (pela clara afronta ao art. 16 da Lei nº 17.435/2012), notoriamente **contraria as premissas atuariais** que fundamentam e possibilitam a existência do regime próprio de previdência social (conforme demanda o art. 40 da Constituição da República).

Ao deixar de repassar a cota patronal sobre a folha de inativos e pensionistas ao sistema previdenciário, **o Poder Executivo está descapitalizando as reservas já constituídas** – vale dizer, contrariamente ao senso comum, no caso, o rombo previdenciário não é provocado pelo plano de benefícios do regime ou pelo volume de beneficiários, mas pela pura e simples *desídia* dos gestores incumbidos de cumprir a correspondente obrigação estatal.

A despeito de a situação vir se agravando nos últimos exercícios (sobretudo, após as noticiadas revisões da segregação de massas e o descumprimento das premissas atuariais do sistema), este Tribunal de Contas tem se limitado a apontar o fato como causa de *ressalva*, e não como irregularidade – diversamente do que ocorre em âmbito municipal, de que é exemplo o seguinte aresto, recentemente transitado em julgado:

PRESTAÇÃO DE CONTAS DE PREFEITO MUNICIPAL. **Parecer Prévio recomendando a irregularidade das contas. Falta de pagamento de aportes para cobertura do déficit atuarial na forma apurada no laudo atuarial.** Ressalva. Registro intempestivo do passivo atuarial nas contas de controle do sistema contábil. Aplicação de multa. (Grifamos)

(Segunda Câmara, Processo nº 179273/15, Acórdão de Parecer Prévio nº 199/18, rel. Cons. Ivens Linhares, DETC 13/04/2018)

Releva salientar que, no referido *decisum*, o juízo de reprovabilidade das contas se deveu à ausência de repasse ao regime previdenciário do montante de R\$172 mil, ainda que a gestora tenha logrado parcelar o débito mediante autorização da legislação municipal. No presente caso, **o valor não repassado alcança a cifra de R\$729 milhões, não se tendo qualquer indicativo de que o Poder Executivo tenciona reparar o prejuízo.**

Nessa exata medida, por contrariar expressa previsão legal e vilipendiar princípio constitucional estruturante do RPPS do Estado do Paraná, à míngua de quaisquer justificativas de mérito que lastreiem a conduta faltosa do Poder Executivo, o Ministério Público, também neste ponto, manifesta-se pelo juízo de **irregularidade** das contas, coerente com a jurisprudência desta Corte sobre o tema no âmbito municipal.

Outrossim, considerando o panorama deletério do sistema previdenciário estadual, impõe-se a **determinação** de que o Poder Executivo apresente, em prazo razoável a ser fixado por esta Corte, **laudo de avaliação atuarial atualizado**, cujas premissas se mostrem factíveis à realidade do Estado, de modo a propiciar a eliminação paulatina do déficit constatado.

#### D) Descumprimento de índices constitucionais

Neste tema, o Ministério Público reitera sua discordância com os critérios de cálculo levados a efeito pela CGE e admitidos pela Corte em relação aos gastos com ações e serviços públicos de saúde (ASPS). A divergência reside especialmente na contabilização, para fins de apuração do mínimo constitucional e legal, dos valores relativos à gestão da saúde dos servidores e seus dependentes (SAS) e à gestão do Hospital da Polícia Militar (HPM).

Como já apontado em manifestações ministeriais pretéritas, a inclusão de tais valores viola de modo expresso o disposto no art. 4º, inciso III, da Lei Complementar nº 141/2012, segundo o qual é vedado considerar, para os fins de apuração das despesas mínimas em saúde, os gastos destinados à *"assistência à saúde que não atenda ao princípio de acesso universal"*.

Os serviços de atenção à saúde dos servidores públicos e seus dependentes (na esfera do Sistema de Assistência à Saúde – SAS) e os de atenção à saúde dos policiais militares e seus dependentes (na esfera do HPM), embora impregnados de alta relevância social, **não** constituem *política de acesso universal*, eis que voltados ao atendimento de segmento específico da população paranaense: os servidores públicos estaduais (dentre os quais os próprios militares) e seus dependentes.

Dessa forma, exsurge cristalina a conclusão de que os serviços prestados no âmbito do SAS e do HPM não integram política pública de acesso universal, o que impede a contabilização dos recursos neles despendidos para fins de apuração dos mínimos preconizados pela Lei Complementar nº 141/2012. Embora esta Corte de Contas tenha admitido em exercícios anteriores esta metodologia de cálculo, o Ministério Público de Contas reitera seu posicionamento divergente.

Excluindo-se tais montantes da Tabela 103, constante à p. 256 da Instrução nº 23/18-CGE (peça 86), o total de despesas com ASPS reduziria à cifra de R\$3.393.112.872,67, o que representa **11,22% da receita líquida de impostos**. Assim, tem-se por não atingido o percentual de que trata o art. 6º da Lei Complementar nº 141/2012.

Diante disso, em razão da infração à norma legal decorrente da contabilização equivocada de valores que não obedecem ao princípio do acesso universal (art. 4º, inciso III, da Lei Complementar nº 141/2012) e da ausência de aplicação efetiva, no exercício de 2017, do percentual mínimo em ações e serviços públicos de saúde (art. 6º do mesmo diploma legal), também há de se impor o juízo de **irregularidade** sobre as contas, **determinando-se** a recomposição do percentual não aplicado no exercício subsequente, nos termos do art. 25 da Lei Complementar nº 141/2012.

De outra banda, quanto ao **descumprimento do índice constitucional de recursos destinados a ciência e tecnologia**, denota-se que, apesar dos esforços interpretativos do Estado para incrementar o percentual contabilizado, a instrução apurou o atingimento de **1,99%** sobre a base de cálculo.

A vinculação na Constituição do Estado do Paraná trata da destinação de **2% da receita tributária ao fomento da pesquisa científica e tecnológica** (art. 205), encontrando guarida na autorização constante do art. 218, § 5º da Constituição da República. Por se tratar de norma tendente ao incremento do direito fundamental à educação, a inscrição na Constituição Estadual petrifica a cláusula de instituição do índice (art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República), não se podendo acolher o seu desprezo.

Nessa medida, é imperativo constitucional a destinação primeira dos recursos vinculados, de sorte que, assim como nos demais índices, trata-se de **decisão política fundamental** que recai sobre o Estado, independentemente da orientação do Governo.

Por essa razão, não prosperando os argumentos desenvolvidos em contraditório, este fato não apenas há de ensejar o juízo de **irregularidade** das contas, mas também a **determinação** de recomposição dos valores que deixaram de ser aplicados nesta destinação durante o exercício.

### **E) Da ausência de repasse de duodécimos**

Em sua análise técnica, a CGE constatou a falta de repasse integral das cotas orçamentárias autorizadas pela LDO aos Poderes Legislativo e Judiciário, bem como ao Ministério Público. Submetida a questão ao contraditório, a defesa do Estado quedou-se inerte, o que motivou o opinativo de ressalva do item.

A despeito da conclusão técnica, verifica-se que há grave afronta ao comando normativo do art. 168 da Constituição Federal<sup>6</sup>, bem como à **autonomia financeira** dos poderes e órgãos constitucionais, fato que por si só tem o condão de comprometer a capacidade de autogoverno a eles assegurada como **princípio fundamental da República** (art. 2º)<sup>7</sup>.

6 Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.

7 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Ademais, ao contingenciar a liberação dos duodécimos independentemente da prévia *limitação de empenho* a que alude o art. 9º da LRF8 e da *prévia compatibilização da LOA* e da programação financeira e cronograma mensal de desembolso9, o Poder Executivo arbitrariamente se arroga na capacidade de ingerência sobre os demais poderes e órgãos constitucionais, o que macula os mais basilares fundamentos republicanos.

Para que se possa mensurar a gravidade do fato, basta observar que a Constituição elucidada, no art. 85, inciso III, o livre exercício dos Poderes como bem jurídico a ser tutelado na definição dos *crimes de responsabilidade* do Presidente da República (e, por força da Súmula Vinculante 46, dos Governadores de Estado), ao passo que o art. 29-A, § 2º, incisos II e III da Constituição tipifica como *crime de responsabilidade do Prefeito* deixar de repassar o duodécimo à respectiva Câmara Municipal ou *enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na lei orçamentária*.

O Tribunal de Contas já se manifestou em tese a propósito da irregularidade de tal conduta, em decisão que segue assim ementada:

**Consulta. Repasse de duodécimos inferiores aos previstos na Lei Orçamentária. Vedação.** *Impossibilidade de o Executivo Municipal limitar, sem a prévia adequação da Lei Orçamentária Anual, o valor do repasse mensal do duodécimo do orçamento aprovado, para o fim de adequá-lo às reais necessidades do Legislativo Municipal, mesmo que a pedido deste. Violação à Lei Orçamentária Anual e à autonomia dos Poderes (art. 2º c/c art. 29-A, § 2º, inciso II e art. 168, da Constituição).* (Grifamos)

(Tribunal Pleno, Consulta nº 219015/16, Acórdão nº 2250/17, rel. Cons. Ivens Linhares, DETC 24/05/2017)

Vale salientar que a deliberação, tomada por quórum qualificado, tem força normativa, constitui prejulgamento de tese e **vincula o exame de feitos sobre o mesmo tema**, a partir de sua publicação, nos estritos termos do art. 41 da LOTC/PR.

Assim sendo, constatada a afronta direta às peças orçamentárias e à própria Constituição Federal, conclusão outra não resta senão a da **irregularidade** das contas do Poder Executivo também neste ponto.

## F) Das demais causas de ressalva, recomendações e determinações

Sem prejuízo dos apontamentos até aqui realizados, por brevidade, o *Parquet* se louva das demais conclusões esboçadas no exame técnico da Coordenadoria de Gestão Estadual (Instrução nº 226/18) e da Diretoria Jurídica (Parecer nº 400/18),

8 Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º No caso de restabelecimento da receita prevista, ainda que parcial, a recomposição das dotações cujos empenhos foram limitados dar-se-á de forma proporcional às reduções efetivadas.

§ 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias. (...)

9 Art. 8º Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do art. 4º, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso.

endossando a aposição das **demais ressalvas** e a expedição das **recomendações** e **determinações** por elas apresentadas.

### G) Conclusão

Em face de todo o exposto, conclui o Ministério Público de Contas pela **emissão de parecer prévio pela irregularidade das contas do Estado do Paraná**, atinentes ao exercício de 2017, de responsabilidade do Governador Carlos Alberto Richa, sem prejuízo da aposição das **ressalvas, determinações e recomendações** indicadas no corpo deste parecer.

Outrossim, com vistas a operacionalizar internamente o acompanhamento de tais providências, roga-se que determine o Plenário o registro e o controle individualizado das decisões proferidas no âmbito das prestações de contas anuais do Executivo Estadual, na forma do art. 513 do RITC/PR, **operacionalizando-se a execução nos próprios autos** – sem prejuízo do *simples apontamento*, pelo órgão instrutivo competente, em *futuros* processos de prestação de contas, das ressalvas, recomendações e determinações, como impõe o art. 352, VI do RITC/PR.

Curitiba, 29 de agosto de 2018.

**FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI**  
Procurador-Geral do Ministério Público de Contas

**PROTOCOLO Nº:** 467594/17  
**ORIGEM:** MUNICÍPIO DE ENGENHEIRO BELTRÃO  
**INTERESSADO:** ROGÉRIO RIGUETI GOMES  
**ASSUNTO:** CONSULTA  
**PARECER:** 648/18

pareceres  
ministeriais  
selecionados

*Consulta. Credenciamento de farmácias para distribuição de medicamentos à população. Contratação direta. Ausência de hipótese de inexigibilidade de licitação. Resposta à consulta.*

Trata-se de consulta formulada pelo Prefeito do Município de Engenheiro Beltrão, mediante a qual pretende obter o posicionamento deste Tribunal de Contas acerca das seguintes questões (peça nº 3):

1. É legal a realização de processo de inexigibilidade de licitação, por meio de credenciamento de farmácias para fornecimento de medicamentos à população, que não são distribuídos diretamente na farmácia básica municipal?
2. Em caso positivo, pode a contratação se dar por preço uniforme, fixado em percentual de desconto sobre a tabela da ANVISA, possibilitando a todos os fornecedores interessados o credenciamento, e a escolha do fornecedor, por livre escolha do beneficiário?
3. Ainda, no caso, pode-se utilizar como critério de distribuição das aquisições, a fim de evitar direcionamento, e garantir a compra de todos os fornecedores cadastrados, a divisão equivalente e proporcional do valor total do credenciamento por todos os fornecedores cadastrados?

Instrui a consulta parecer jurídico da Procuradoria Geral do Município, em que são apresentados os fundamentos legais relacionados ao tema, concluindo-se pela *"possibilidade de contratação direta de farmácias, por meio de credenciamento, para fornecimento de medicamentos não disponíveis em farmácia básica, aos usuários do sistema público"* (peça nº 3, p. 8).

A consulta foi recebida (peça nº 5) e a Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca certificou não haver no repositório desta Corte decisões correlatas ao tema, consignando a existência de acórdãos com conteúdo semelhante ao abarcado nos presentes autos junto ao Tribunal de Contas da União (peça nº 7).

Apreciando o expediente, a Coordenadoria de Fiscalização de Transferências e Contratos – COFIT concluiu pela resposta à Consulta no sentido da possibilidade de realização de processo de inexigibilidade de licitação, por meio de credenciamento de farmácias, desde que presentes a justificativa da compra direta e a justificativa do preço, ressaltando que:

(...) poderá ser utilizado o critério de percentual de desconto sobre a tabela da ANVISA para definição de preço uniforme a ser pago aos fornecedores credenciados (...) [e] o critério de distribuição da demanda não deve partir da Administração, priorizando-se a escolha dos usuários como critério de seleção do fornecedor credenciado (peça nº 8, p. 8).

Após, vieram os autos à apreciação do *Parquet*.

Tendo em vista o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, estatuídos no art. 38 da legislação orgânica desta Corte – legitimidade do consulente, dúvida objetiva, formulação de quesitos, matéria concernente à competência material do controle externo e apresentação em tese – a consulta há de ser conhecida.

No mérito, depreende-se que é objetivo do consulente a aquisição direta de determinados medicamentos, independentemente da realização de prévio certame licitatório, para o que a utilização do credenciamento se mostraria, em seu entendimento, opção viável a resguardar a isonomia e a impessoalidade entre os possíveis fornecedores.

Nesse sentido, o Município justifica a compra direta em face da *inviabilidade de manutenção de tais fármacos em estoque*, os quais seriam adquiridos somente mediante a *necessidade específica* de cada usuário do sistema. Tal motivação, ressalte-se, constitui referencial hermenêutico imprescindível à conformação da dúvida apresentada perante esta Corte, notadamente por caracterizar a situação fática cuja normatividade se pretende obter.

Circunscrita, assim, a consulta à *possibilidade jurídica de aquisição direta de medicamentos*, reputamos, com o devido respeito ao entendimento contrário, que se impõe resposta negativa à pergunta do Município interessado. A linha de raciocínio desenvolvida pela unidade técnica desta Corte, com efeito, seria de todo coerente (quanto à utilização do instituto de credenciamento e aos critérios de definição do preço e de escolha do fornecedor), não fosse tal questão preliminar, essencial à formação do juízo de juridicidade da contratação final pretendida.

Como é sabido, o art. 37, inciso XXI da Constituição da República enuncia que as contratações públicas se processarão, em regra, mediante licitação, ressalvados os casos especificados na legislação. Tais exceções são normativamente disciplinadas na Lei nº 8.666/1993, que estabelece normas gerais de licitações e contratações públicas, consistindo em duas modalidades de contratação direta: dispensa e inexigibilidade de licitação.

Segundo o regime jurídico estabelecido, compreende-se que as hipóteses de dispensa congregam situações em que o certame licitatório poderia se operacionalizar, porém, diante da opção legislativa, faculta-se à Administração Pública a contratação direta. Já nos casos de inexigibilidade, tem-se a inviabilidade de competição, a qual tornaria inócuo o processo licitatório – seja em face da exclusividade do fornecedor, seja pela singularidade do objeto contratado.

Impende salientar, nessa ordem de ideias, que a contratação direta fora das hipóteses legais constitui crime da Lei de Licitações, conforme seu art. 89, o que torna necessária a devida justificativa quanto ao emprego de tais modalidades excepcionais. Para os casos de dispensa, deve-se fundamentar a contratação direta

nas restritas hipóteses legais; em se tratando de inexigibilidade, é imprescindível a plena demonstração quanto à inviabilidade de competição.

Firmes essas premissas, denota-se que as justificativas apresentadas pelo consulente não constituem os pressupostos normativos necessários a excepcionar o devido processo licitatório, mormente quando se observa que as questões pontuadas – estimativa, fracionamento e recebimento dos bens – têm relação com o próprio planejamento da licitação.

Examinando a específica e intrincada legislação de assistência à saúde, observa-se que, em virtude das alterações promovidas pela Lei nº 12.401/2011, a Lei nº 8.080/1990 – que disciplina o Sistema Único de Saúde – passou a dispor que a assistência terapêutica integral a que se refere seu art. 6º, inciso I, alínea *d* compreende, dentre outros procedimentos, a *“dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado”*.

Na esteira dessa previsão normativa, o Decreto nº 7.508/2011 previu a instituição da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME (art. 25), com vistas a selecionar e padronizar os fármacos dispensados no âmbito do SUS. Embora definida pela direção nacional do Sistema (art. 26), o regulamento estabeleceu a possibilidade de os demais entes federados adotarem *“relações específicas e complementares de medicamentos, em consonância com a RENAME, respeitadas as responsabilidades dos entes pelo financiamento de medicamentos, de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores”* (art. 27).

Além disso, releva notar que a norma reguladora contemplou, em seu art. 28, critérios cumulativos à promoção do acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica, quais sejam: *(i)* a inserção do usuário no SUS; *(ii)* a prescrição regular do medicamento por profissional da saúde no exercício de suas funções no SUS; *(iii)* a conformidade da prescrição com a RENAME e os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas ou com a relação específica local; e *(iv)* a regular dispensação em unidades vinculadas ao SUS. Sem embargo, ressalve-se que é possível a ampliação de tais pressupostos, quando pautada em questões de saúde pública (§ 1º).

Veja-se, ademais, que o art. 19-P do já citado diploma legal ocupou-se de detalhar a dispensação de medicamentos quando da ausência de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica definidos – cabendo, no que interessa à presente consulta, ao Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, sendo a responsabilidade pelo fornecimento pactuada no Conselho Municipal de Saúde (inciso III).

Diante dessa conjuntura normativa, deduz-se que *inexiste possibilidade jurídica de dispensação de fármacos pelos Municípios que não seja submetida à assistência farmacêutica do SUS*, segundo os critérios legais e regulamentares existentes, bem

como os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas estabelecidos. Ainda que se trate de medicamentos previstos em lista suplementar municipal, dispensados segundo critérios ampliativos determinados por questões locais de saúde pública, invariavelmente o emprego dessa diretriz terapêutica se insere nas *ações municipais no âmbito do SUS*.

Como exceção à conclusão apresentada, pode-se cogitar dos casos de condenações judiciais ao custeio de medicamentos não abrangidos na cobertura do SUS. Porém, mesmo em tais situações, a aquisição obedece a lógica distinta da intentada pelo consulente, como passaremos a demonstrar.

Desde logo, iniciando pela hipótese excepcional de dispensação de fármacos em razão de ordem judicial, notadamente em se tratando de medicamentos que não integrem relação nacional ou local, seria possível a caracterização de situação de emergência – dada a imprevisibilidade do mandado e a inviabilidade de planejamento – a autorizar a *aquisição direta*, sendo dispensável a licitação com amparo na previsão do art. 24, inciso IV da Lei nº 8.666/1993. Obviamente, a verificação dos pressupostos normativos dependeria das efetivas circunstâncias de fato, podendo-se indicar, como referencial à validação do procedimento, a necessidade de que a possibilidade de compra escapasse à previsão do gestor. E, no caso de a obrigação de fornecer o medicamento se prostrar no tempo, é imprescindível a realização de licitação para adequar as aquisições subsequentes aos parâmetros legais.

Por outro giro, para a generalidade dos casos de dispensação de medicamentos, consistindo em dever constitucional do Município essa modalidade de assistência terapêutica – que, afinal, visa a assegurar o direito fundamental à saúde – é inafastável que as compras públicas voltadas a tal finalidade sejam *precedidas de licitação*, nos estritos termos da norma constitucional já antes referenciada.

Para tanto, faz-se necessária a adequada mensuração e estimativa dos medicamentos que serão dispensados, delimitando-se precisamente os produtos almejados e suas respectivas quantidades. Nesse sentido, a Primeira Câmara desta Corte tem precedente quanto à responsabilização do gestor em caso de licitação genérica para aquisição de medicamentos (as famigeradas compras de “listas de A a Z”), o qual segue assim ementado:

EMENTA: Tomada de Contas Extraordinária. Utilização de critérios de julgamento com base em desconto sobre preço de tabela inexistente ou com acesso restrito ao público e ausência de definição precisa do objeto. Falta de controle de medicamentos. Omissão no dever de prestar informações. Pela procedência.

(Tomada de Contas Extraordinária nº 626621/16, Acórdão nº 2276/17, Rel. Cons. Fernando Guimarães, DETC 02/06/2017)

Ainda, compete esclarecer que, na eventualidade de haver dificuldades quanto à estocagem dos medicamentos, bem como em face de eventual sazonalidade da utilização de determinadas drogas ou na hipótese de se tratar de produto custoso,

cuja dispensação poderá ou não ocorrer, é possível ao gestor municipal lançar mão do *sistema de registro de preços* – como, aliás, impõe o art. 15, inciso II da Lei nº 8.666/1993.

Não é demais esclarecer que, segundo o regime jurídico estabelecido, caracteriza-se o sistema de registro de preços como o procedimento destinado a registrar propostas selecionadas em regular certame licitatório, objetivando viabilizar futuras e eventuais contratações. Por essa razão, permite-se um conjunto de aquisições assentadas nos preços previamente cadastrados na respectiva ata, cuja validade não poderá superar um ano, de modo a facilitar o fornecimento imediato sempre que a necessidade administrativa, durante a vigência do registro de preços, estiver presente. Ademais, nos termos do § 4º do mencionado art. 15, a elaboração da ata não obriga a Administração a firmar as contratações que poderiam dela decorrer – o que evidencia sua plena adequação às justificativas de fato apresentadas pelo consulente.

Fixando-nos na especificidade do objeto (compra de medicamentos), impõe-se salientar que a Lei nº 10.742/2003, ao instituir a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, deferiu-lhe competência para estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos, bem como de margens de comercialização (art. 6º, incisos II e V). E, no exercício dessa atribuição, a Resolução CMED nº 3/2011 veio a normatizar a incidência do Coeficiente de Adequação de Preço – CAP sobre os fármacos tabelados segundo a Resolução CMED nº 2/2004, aplicável *“sempre que [se] realizarem vendas destinadas a entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”*. Como resultado, tem-se o estabelecimento do Preço Máximo de Venda ao Governo – PMVG, a ser praticado por todo e qualquer vendedor na cadeia de fornecedores, seja em compras processadas mediante licitação, seja em aquisições diretas (inclusive, resultantes de ordem judicial, nos termos do art. 6º daquela Resolução).

Nessa exata medida, sobreleva-se a compreensão de que os preços tabelados pela CMED, ainda quando adequados à realidade governamental (PMVG), constituem *valor máximo* a ser praticado pelos fornecedores de medicamentos, *não impedindo que haja concorrência para a obtenção de propostas mais vantajosas à Administração*. Paradoxalmente, essa realidade foi constatada na instrução, como se observa do seguinte trecho:

Em consulta formulada a esta Corte, o Pleno definiu requisitos para a aplicação do **critério de maior desconto linear em licitações para compras, serviços e obras**, entre os quais, a impossibilidade de previsão do quantitativo de itens que serão adquiridos; e que seja utilizada a tabela de referência de preços do respectivo segmento de mercado. Analogamente, **no caso em tela, tais requisitos restariam preenchidos**, dada a indeterminação do quantitativo de consumo de medicamentos que não compõem a farmácia básica do

município (fls. 01, peça 03), e a existência de tabela oficial, a tabela de preços máximos de medicamentos da CMED/ANVISA. (Grifamos) (Peça 8, fl. 6)

Ora, ao se admitir o estabelecimento de *critério de competitividade* – justamente, a incidência de desconto linear sobre preços referenciados<sup>1</sup> – a própria unidade técnica reconheceu a *possibilidade de competição entre os fornecedores*, fato suficiente a obstar a contratação direta mediante procedimento de inexigibilidade e a reclamar, portanto, a realização do devido processo licitatório.

Diante dessas considerações, parece-nos que a confusão conceitual existente na consulta reside na incompreensão do instituto do credenciamento como procedimento preliminar, auxiliar à contratação, cuja razão de ser é a multiplicidade de fornecedores, porém num contexto de completa ausência de competição. Embora inexistente sua previsão normativa na Lei de Licitações<sup>2</sup>, certo é que a *práxis* administrativista consolidou a utilização do credenciamento com vistas à seleção de interessados em contratar com a Administração Pública que preencham requisitos objetivos de habilitação, dada a inviabilidade de concorrência – daí porque é empregado como auxiliar à contratação direta, sendo inexigível a licitação.

Diversamente, porém, nas múltiplas hipóteses de aquisição de medicamentos, *há um mercado competitivo que sustenta sua comercialização*, de sorte que a concorrência se faz efetiva. Para tanto, conforme se demonstrou, a tabela referencial da CMED é tão somente *reguladora de preços máximos*, não impedindo a *obtenção de valores mais vantajosos pela Administração*, para o que se faz imprescindível a deflagração do *certame licitatório* – salvo nas restritas hipóteses de *aquisição emergencial*, desde que devidamente caracterizada a excepcionalidade da situação.

Ademais, considerando as peculiaridades fáticas informadas pelo consulente – especificamente, a dificuldade de estocagem de medicamentos, a dispensação fracionada e a plausibilidade de não se efetivar a necessidade na aquisição – é de todo recomendável que as compras de medicamentos, sempre que possível, sejam operacionalizadas mediante o *sistema de registro de preços*.

Diante do exposto, e em atenção às referências legais e jurisprudenciais colacionadas neste parecer, o Ministério Público de Contas conclui pela **resposta à consulta** no sentido da impossibilidade de cadastramento de farmácias para distribuição à população de medicamentos suplementares àqueles da farmácia básica municipal, uma vez que tal contratação não encontra suporte nas hipóteses de contratação direta previstas na legislação de regência, indicando como alternativa juridicamente

1 Embora não constitua o objeto principal da presente consulta, cabe o alerta de que, em auditoria operacional cujo relatório foi apreciado em 2012, o Tribunal de Contas da União constatou a possibilidade de superdimensionamento dos preços de fábrica registrados na Tabela CMED, determinando ao Ministério da Saúde que recomendasse aos Estados e Municípios a realização de pesquisa de preços mais ampla previamente à licitação (Plenário, Processo nº 034.197/2011-7, Acórdão nº 3016/2012, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julgamento 08/11/2012).

2 A legislação estadual de licitações, Lei nº 15.608/2007, contempla o credenciamento como *procedimento auxiliar à licitação*, voltado à seleção da proposta mais vantajosa. Nada obstante, na dicção do seu art. 24, trata-se do *“ato administrativo de chamamento público, processado por edital, destinado à contratação de serviços junto àqueles que satisfaçam os requisitos definidos pela Administração”*.

viável à solução do problema relatado pela Municipalidade a realização de registro de preços – salvo nas hipóteses de aquisição direta emergencial, nos estritos termos deste opinativo.

Curitiba, 29 de junho de 2018.

**FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI**  
**Procurador-Geral do Ministério Público de Contas**

**pareceres  
ministeriais  
selecionados**

**PROTOCOLO Nº:** 107288/17  
**ORIGEM:** MUNICÍPIO DE CHOPINZINHO  
**INTERESSADO:** ALVARO DENIS CENI SCOLARO  
**ASSUNTO:** CONSULTA  
**PARECER:** 868/18

*Consulta. Licitação. Pesquisa de preços. Parâmetros. Utilização do aplicativo “Menor Preço – Nota Paraná”. Possibilidade. Fontes diversas. Necessidade. Resposta à consulta.*

Trata-se de consulta formulada pelo Município de Chopinzinho, mediante a qual pretende obter o posicionamento deste Tribunal de Contas acerca da seguinte questão (peça nº 3):

1 - É possível a Administração Pública Municipal utilizar o aplicativo “Menor – Preço – Nota Paraná”, na elaboração de Termo de Referência nas licitações e na publicação trimestral da “Ampla Pesquisa de Mercado”, conforme dispõe a Lei nº 8.666/1993?

Instrui a consulta parecer jurídico da assessoria local (peça nº 4), em que são apresentados os fundamentos legais relacionados ao tema, concluindo-se pela necessidade de realização de consulta a este Tribunal antes de eventual aplicação prática do “Menor Preço – Nota Paraná” por parte da Administração Municipal.

A Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca informou não haver decisões correlatas ao tema dos presentes autos (peça nº 8), tendo a consulta sido recebida (peça nº 9).

Apreciando o expediente, a Coordenadoria de Gestão Municipal – CGM concluiu pela resposta à Consulta no sentido de que:

Não deverá haver a coleta dos menores preços praticados no âmbito privado como únicos referenciais de preços na fase interna e como média para o encontro do preço máximo a ser colocado no ato convocatório (Instrução nº 3384/18, peça nº 15, p. 5).

Após, vieram os autos à apreciação do *Parquet*.

Tendo em vista o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, estatuídos no art. 38 da legislação orgânica desta Corte – legitimidade do consulente, dúvida objetiva, formulação de quesitos, matéria concernente à competência material do controle externo, apresentação em tese e elaboração de parecer jurídico local – a consulta há de ser conhecida.

No mérito, é de se ver que a utilização do aplicativo “Menor Preço – Nota Paraná” é possível para a pesquisa de preços em procedimento licitatório, inclusive sendo de rigor sua utilização no âmbito das contratações públicas do Estado do Paraná, conforme regulamentado pela Lei estadual nº 15.608/2007 (com redação dada pela Lei estadual nº 19.476/2018), senão vejamos:

Art. 12. São requisitos para licitação de obras e serviços:  
(...)

VIII – **consulta ao aplicativo Menor Preço** desenvolvido pelo Governo do Estado do Paraná ou a outra ferramenta que o substitua para se estabelecer o preço estimado ou de referência do objeto licitado, **sem prejuízo do uso combinado de outras ferramentas para o mesmo objetivo.**

(...)

§ 3º Deverá ser comprovada no processo licitatório a consulta a que se refere o inciso VIII do caput deste artigo, com o nome do agente público consulente e a data. (Grifamos)

Assim, o uso do aplicativo referido, critério obrigatório em licitações estaduais, pode ser adotado pela Administração Pública municipal, sendo imperioso que – seja o aplicativo mencionado, seja qualquer outro meio de obtenção de parâmetros de preço para contratação – a orçamentação leve em conta **fontes diversificadas de pesquisa de preços.**

Isso porque prevê a Lei nº 8.666/1993 que as contratações junto ao Poder Público devem ser precedidas de *ampla pesquisa de preços de mercado*, tomando como uma de suas bases os valores praticados junto a outros órgãos e entidades da Administração Pública, *in verbis*:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

Acerca do instituto da padronização de preços, a valiosa lição de Marçal Justen Filho, para quem:

Os diversos órgãos da Administração deverão trocar informações para evitar a prática de preços conflitantes e variados para produtos similares. Isso permitirá a detecção de distorções e imporá ao gestor de recursos públicos o dever de recusar contratação por preços superiores aos adotados em outros órgãos. É claro que as comparações deverão tomar em vista situações homogêneas (identidade de especificações, condições de pagamento etc)<sup>1</sup>.

Destaque-se que é pressuposto de validade das contratações públicas que os preços registrados sejam compatíveis com os praticados no mercado. Sendo obrigatória a publicidade dos resultados da pesquisa de registro de preços, qualquer cidadão pode ter acesso aos valores praticados no setor público, podendo tomar providências contra abusos, instrumentalizando o controle social da Administração Pública através da publicidade e da transparência. Se os preços de mercado forem inferiores àqueles registrados, o Poder Público deve revogar a licitação<sup>2</sup>.

Nesse sentido, a jurisprudência pacífica do Tribunal de Contas da União acerca da necessidade de múltiplas fontes a instrumentalizar a formação do preço em procedimentos licitatórios, *in verbis*:

1 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Dialética: São Paulo, 2010, p. 190-191.

2 Idem, p. 205.

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS DE ACEITABILIDADE DE PREÇOS UNITÁRIOS NO EDITAL LICITATÓRIO. **ORÇAMENTAÇÃO PRÉVIA INADEQUADA DO CERTAME. FALTA DE ADERÊNCIA À REALIDADE DE MERCADO DOS PREÇOS CONTRATADOS.** CONHECIMENTO. DEFERIMENTO DE CAUTELAR SUSPENSIVA. OITIVA. REPACTUAÇÃO CONTRATUAL. CORREÇÃO DAS FALHAS. REVOGAÇÃO DA CAUTELAR. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO. A pesquisa de preços para elaboração do orçamento estimativo da licitação **não deve se restringir a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, devendo ser utilizadas outras fontes como parâmetro**, a exemplo de contratações públicas similares, sistemas referenciais de preços disponíveis, pesquisas na internet em sites especializados e contratos anteriores do próprio órgão (TCU – Processo nº 025.761/2017-0, Acórdão nº 1548/2018, Rel. Min. Augusto Nardes, data da sessão 04/07/2018).

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. MINISTÉRIO DA CULTURA (ÓRGÃO LICITANTE). MINISTÉRIO DO TRABALHO E INCRA (ÓRGÃOS PARTICIPANTES). SERVIÇOS EM ACERVO BIBLIOGRÁFICO E ARQUIVÍSTICO. MATÉRIA JORNALÍSTICA SOBRE A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA POR VALOR MUITO SUPERIOR AO OFERTADO PELO LICITANTE MELHOR CLASSIFICADO, APÓS A FASE DE LANCES. EXIGÊNCIAS DE QUANTITATIVOS EXCESSIVOS, SUPERANDO NÃO APENAS A DEMANDA DOS ENTES PARTICIPANTES, MAS TAMBÉM A DEMANDA DO ÓRGÃO LICITANTE. INCOERÊNCIA NAS EXIGÊNCIAS DE ALOCAÇÃO DE PESSOAL EM FACE DAS DEMANDAS DÍSPARES DOS DEMAIS PARTICIPANTES. POSSIBILIDADE DE PARCELAMENTO DO OBJETO. INADEQUAÇÃO DAS PESQUISAS DE MERCADO. CONCESSÃO DE CAUTELAR SUSPENSIVA SOBRE OS ATOS DECORRENTES DO CERTAME. OITIVAS. ANÁLISE DAS MANIFESTAÇÕES. INSUFICIÊNCIA DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS PELO MINISTÉRIO DA CULTURA PARA JUSTIFICAR AS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA ADOTADAS, DIANTE DA REDUÇÃO DA COMPETITIVIDADE DO CERTAME E, TAMBÉM, DA MAJORAÇÃO DOS PREÇOS PROPOSTOS. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A ANULAÇÃO DO CERTAME. DETERMINAÇÕES, ENTRE OUTRAS, PARA A DEVIDA INSTAURAÇÃO DE TCE. PROSSEGUIMENTO DO FEITO PELA AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS PELAS FALHAS APURADAS NESTE FEITO. DILIGÊNCIAS PELA SELOG. MONITORAMENTO. A pesquisa de preços para elaboração do orçamento estimativo da licitação não pode ter como único foco propostas solicitadas a fornecedores. Ela deve priorizar os parâmetros disponíveis no Painel de Preços do Portal de Compras do Governo Federal e as contratações similares realizadas por entes públicos, em observância à IN-SLTI 5/2014 (TCU – Processo nº 025.204/2017-3, Acórdão nº 718/2018, Rel. Min. André de Carvalho, data da sessão 04/04/2018).

Na mesma esteira, a Instrução Normativa nº 5 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, de onde se extrai que:

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros:

I - Painel de Preços disponível no endereço eletrônico <http://paineldeprescos.planejamento.gov.br>;

II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços;

III - pesquisa publicada em mídia especializada, sites eletrônicos

especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou

V - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias.

§1º **Os parâmetros previstos nos incisos deste artigo poderão ser utilizados de forma combinada ou não, devendo ser priorizados os previstos nos incisos I e II** e demonstrado no processo administrativo a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência.

§2º Serão utilizados, como metodologia para obtenção do preço de referência para a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, **desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros adotados neste artigo**, desconsiderados os valores inexecutáveis e os excessivamente elevados.

§3º **Poderão ser utilizados outros critérios ou metodologias**, desde que devidamente justificados pela autoridade competente.

§4º Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados.

§5º Para desconsideração dos preços inexecutáveis ou excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.

§6º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores.

De tal forma, desde que *observada a relevância e necessidade de se utilizar mais de uma fonte* para obter parâmetros na formação de preços em procedimento licitatório, é possível fazer uso do aplicativo mencionado alhures como *uma das maneiras* de obter orçamentos prévios.

Note-se que esta repisada necessidade de diversificar as fontes de pesquisa integra parte das conclusões a que chegou a unidade técnica, para a qual “*não se pode pensar no uso do aplicativo como único parâmetro para uma pesquisa de preços pelos órgãos e entidades públicas*” (peça nº 15, p. 5), sendo, portanto, ponto incontroverso nos opinativos que compõem a instrução do presente caderno processual.

Diante do exposto, o Ministério Público conclui pela **resposta à consulta** no sentido da possibilidade de utilização do aplicativo “Menor Preço – Nota Paraná” como um dos critérios para a formação do preço em procedimento licitatório, desde que observada a necessidade de adoção de formas diversas e concomitantes para a obtenção de parâmetros de pesquisa.

Curitiba, 10 de outubro de 2018.

**FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI**  
**Procurador-Geral do Ministério Público de Contas**

# orientações para envio de artigos

O Conselho Editorial da Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná (MPC/PR) convida servidores, pesquisadores, consultores, docentes e estudantes de pós-graduação, mestrado e doutorado, a apresentarem artigos para publicação. Os arquivos podem ser enviados em formato eletrônico (Microsoft Word, preferencialmente) para a Secretaria do Conselho Editorial do MPC/PR: revista@mpc.pr.gov.br (Fone: 41-3350-1640/3350-1637) e serão submetidos ao crivo do Conselho Editorial. Recomenda-se a utilização de laudas no tamanho A-4, fonte Arial (tamanho 12), espaçamento entre linhas de 1,5 e fonte Arial (tamanho 10) para as notas. Os artigos devem vir acompanhados de resumo e abstract, amoldando-se, também, ao estabelecido nas normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2003 - NBR 6023/2002 - NBR 10.520/2002 - NBR 5892/1989 e 6024/2003).

Maiores informações podem ser obtidas na página eletrônica da Revista do Ministério Público de Contas do Paraná: [www.revista.mpc.pr.gov.br](http://www.revista.mpc.pr.gov.br)



