XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU - URUGUAI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Liane Francisca Hüning Pazinato, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-983-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

(2: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

Apresentação

CONPEDI Montevidéu 2024

GT Direito Administrativo e Gestão Pública I

Prefácio

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito promoveu em Montevidéu, nos dias 18 a 20 de setembro de 2024, o XIII Encontro Internacional do CONPEDI, congresso inspirado no tema "Estado de Derecho, Investigación Jurídica e Innovación". Novamente, professores, pesquisadores e estudantes brasileiros, uruguaios e de outras nacionalidades, reunidos em 40 Grupos de Trabalho na tradicional Facultad de Derecho – Universidad de la Republica (FDER – UDELAR), protagonizaram mais um evento da pós-graduação em Direito de grande sucesso científico e humano, com centenas de participantes ambientados na histórica, culturalmente rica e acolhedora cidade de Montevidéu, capital da República do Uruguai.

O GT de Direito Administrativo e Gestão Pública foi coordenado pelos professores doutores Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini (UNICURITIBA), Liane Francisca Hüning Pazinato (FURG – Universidade Federal do Rio Grande) e Daniel Artecona Gulla (FDER – UDELAR), que conduziram e assistiram as apresentações de 17 trabalhos científicos. Comunicações essas seguidas de amplo e democrático debate, com a significativa participação dos presentes, numa ambiência demarcada pela dialeticidade e harmonia, que só fez crescer e aprofundar as reflexões sobre os artigos previamente aprovados ao menos por dois avaliadores doutores do CONPEDI, frutos de diversas pesquisas desenvolvidas em vários programas de mestrado e doutorado em Direito no Brasil e no exterior.

A relação dos trabalhos apresentados por doutores e doutorandos, mestres e mestrandos, e, em dois casos, por graduandos devidamente assistidos por seu professor, foi a seguinte: (1) A ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADAS À PRIVATIZAÇÃO DE EMPRESAS ESTATAIS FEDERAIS À LUZ DA ORDEM ECONÔMICA; (2) A ENCHENTE NO RIO GRANDE DO SUL E SEUS IMPACTOS APLICAÇÃO DAS REGRAS DE LICITAÇÃO BRASILEIRAS; (3) A PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES DE

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ANÁLISE NORMATIVA E JURISPRUDENCIAL; (4) AGÊNCIAS EXECUTIVAS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA A PROMOÇÃO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; (5) AS ENGRENAGENS FINANCEIRAS DA JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DO FINANCIAMENTO PÚBLICO NO PODER JUDICIÁRIO; (6) AS GUERREIRAS AMAZONAS NA ATIVIDADE DE SEGURANÇA PÚBLICA: AVALIAÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIMITAÇÃO DE MULHERES PARA ACESSO A CARGOS PÚBLICOS; (7) CONSÓRCIOS INTERMUNICIPAIS: DESAFIOS DA GESTÃO ASSOCIADA PARA CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS REGIONALIZADAS; (8) GOVERNANÇA E CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: PERSPECTIVAS E DESAFIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DA SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES NAS LICITAÇÕES; (9) IMPACTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS DO CONTROLE EXTERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E O CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO; (10) INTEGRIDADE EM RISCO: A INEFICÁCIA DO COMPLIANCE PÚBLICO FRENTE AOS AGENTES POLÍTICOS NO BRASIL; (11) NOVO GUIA HERMENÊUTICO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O DANO MORAL COLETIVO; (12) O PODER REGULAMENTAR E O ADICIONAL AO FRETE PARA RENOVAÇÃO DA MARINHA MERCANTE: EXISTIU EXCESSO DO EXECUTIVO NO DECRETO Nº 11.374/23?; (13) PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS; (14) RITUAL DE GESTÃO NO ÂMBITO DA GOVERNANÇA DOS EXECUTIVOS FISCAIS; (15) SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS: POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA MARCA/MODELO DE ITEM REGISTRADO; (16) SUBSTITUIÇÃO CONTRATUAL PREVIAMENTE À DESESTATIZAÇÃO DE COMPANHIAS ESTADUAIS DE SANEAMENTO BÁSICO: CONSEQUÊNCIAS DA OPOSIÇÃO MUNICIPAL À LUZ DO NOVO MARCO LEGAL BRASILEIRO; (17) “CONFLITO DE INTERESSES” NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DE MINAS GERAIS, EM FACE DAS LEGISLAÇÕES MINEIRA E FEDERAL.

Privatização das empresas estatais, licitações, agências executivas, consórcios intermunicipais, governança e controle da Administração Pública, o papel dos Tribunais de Contas, compliance público, agentes políticos, improbidade administrativa e conflito de interesses no processo administrativo disciplinar foram os temas sensíveis discutidos no Grupo de Trabalho, a indicar a permanente transformação do Direito Administrativo, especialmente o brasileiro, desde o advento da Constituição de 1988. Com efeito, os artigos apresentados no GT Direito Administrativo e Gestão Pública I retratam a modernização transformadora dessa disciplina jurídica, que não mais se satisfaz com verificações puramente normativas, mas que se revela em toda a sua complexidade também a partir de

análises filosóficas, sociológicas, pragmáticas, sistêmicas e críticas, conforme o leitor denotará apreciando os trabalhos apresentados, em mais esta autorizada publicação do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

Boa leitura a todos!

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini

UNICURITIBA

Prof.ª Dra. Liane Francisca Hüning Pazinato

FURG

Prof. Dr. Daniel Artecona Gulla

FDER – UDELAR

IMPACTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS DO CONTROLE EXTERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E O CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO

ECONOMIC AND SOCIAL IMPACTS OF THE EXTERNAL CONTROL OF GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE AND CONSEQUENTIALISM

Carla Izolda Fiuza Costa Marshall [1]
Verônica Teixeira Duarte [2]
Fabio Mantuano Principe Martins [3]

Resumo

O artigo pretende analisar as interações do consequencialismo jurídico na administração pública, notadamente no Tribunal de Contas da União, e seus reflexos no julgamento administrativo dos atos dos gestores e dos particulares a eles vinculados. O estudo pretende tecer considerações à efetiva prerrogativa constitucional de fiscalização, pelo TCU, e a questão da interpretação do texto, que pode abrir espaço para debates; críticas e, até mesmo, tendência de ativismo jurídico negativo no âmbito do controle externo da administração, em relação aos objetivos e efeitos de políticas públicas estabelecidas pelo Poder Executivo e chanceladas, de maneira geral, pelo Poder Legislativo. O estudo tem fundamento bibliográfico e jurisprudencial, apresentando um racional indutivo aos fins que se pretende, trazendo os princípios da legalidade, legitimidade e economicidade, com eco em uma análise conjuntural, fática e econômica alheia à subjetividade e crenças do próprio julgador, deixando à cargo do Executivo e do Legislativo, enquanto Poderes legitimados, o debate sobre a adoção de determinados atos. Por fim, conclui-se que Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) se apresenta como um grande balizador para a tomada de decisão e julgamento no âmbito administrativo, considerando a inserção, pela Lei 13.677/18, de dispositivos que estabelecem regras e noções gerais ao julgador, incluindo àqueles vinculados aos Tribunais de Contas.

Palavras-chave: Poder fiscalizador, Lindb, Análise econômica do direito, Consequencialismo, Corte de contas

Abstract/Resumen/Résumé

The article intends to analyze the interactions of legal consequentialism in public

---

[1] Doutora Direito Econômico UGF, Pós-Doutora Direito - UFF, Professora Titular Direito Empresarial IBMEC RJ, Co-lider Grupo Pesquisa Direito Econômico, Propriedade Industrial Sustentabilidade CNPq, IBMEC, Membro Comissão Direito Econômico OAB/RJ

[2] Doutoranda Direito UFF. Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes. Membro Comissão Direito Econômico OABRJ. Pós-Graduada Direito Empresarial. Advogada de Empresarial, Família e Sucessões do Antunes e Mota Mendonça.

[3] Graduado em Direito pelo IBMEC. Pós-graduado em Direito Empresarial pela FGV. Advogado e sócio do escritório Sergio Bermudes, com atuação na área de Contencioso Civel, Administrativo e Arbitragem.

administration, notably in the Government Accountability Office (TCU) and State Courts, and its effects on the administrative judgment related to public and individual managers acts. The study intends to consider the effective constitutional prerogative of inspection, by the TCU, and the issues of interpretation of the text, which can open space for debates; criticism and even a tendency towards negative legal activism, within the scope of external control of the administration, in relation to the objectives and effects of public policies established by the Executive and endorsed, in general, by the Legislative. The study has a bibliographic and jurisprudential basis, presenting an inductive rationale for its purposes, bringing the principles of legality, legitimacy and economicity, echoed in a conjunctural, factual and economic analysis that is unrelated to the subjectivity and beliefs of the judge himself, leaving it up to Executive and Legislative, as legitimized Powers, the debate about the adoption of certain acts. Finally, it is concluded that the Law of Introduction of Standards in brazilian law (LINDB) presents itself as a guide for decision-making and judgment in the administrative field, considering the insertion, by Law 13,677/18, of regulatory articles which establishes general rules and standards inseparable for the judge, including the ones from Government Accountability Office.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Power of inspection, Lindb, Law and economics, Consequentialism, Government accountability office

1 INTRODUÇÃO

O consequencialismo, oriundo da evolução da Análise Econômica do Direito, a partir de seus postulados, foi objeto de norma legal no contexto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com o escopo de atribuir aos órgãos públicos, nas esferas administrativa, de controle e judicial, a avaliação e ponderação racional de valores envolvidos nas demandas a eles submetidas.

Nesse sentido, foram ali inseridos os órgãos de controle, aqui destacados os Tribunais de Contas, dotados de atribuições constitucionalmente definidas, que lhes fornecem prerrogativas de competência exclusiva e a legítima missão de zelar pela legalidade, legitimidade e economicidade da coisa pública.

A reflexão proposta no presente artigo questiona a possibilidade do julgamento das contas públicas, realizado pelos órgãos de controle, poder ou não perpetrar o mérito da decisão do agente público, no uso de sua atribuição de elaborar políticas públicas.

Obviamente, tal questionamento só se revela como possível em matérias denominadas *hard cases*, onde a complexidade da demanda gere a necessidade de avaliação entre múltiplas escolhas para a solução do caso, mas requer, igualmente, a devida acuidade no sopesar de condições existentes e disponíveis e que lhe confira a solução mais adequada, sob os aspectos econômicos, mas, também, sociais.

Em termos de metodologia aplicada na realização do presente estudo, baseou-se na pesquisa qualitativa, a partir da análise documental e na revisão bibliográfica, nacional e estrangeira, de obras e artigos de revistas científicas, além de jurisprudência dos Tribunais nacionais sobre o objeto de análise. A partir da seleção criteriosa do material coletado, foi realizada uma abordagem crítica e reflexiva, no intuito de identificar padrões e desafios, com vistas a sintetizar de forma coerente a fundamentação das conclusões e recomendações daí decorrentes.

O objetivo geral consiste, portanto, na análise e eventual crítica de tendências dos Tribunais sob o aspecto da ponderação de valores, em função das escolhas realizadas pelos órgãos e poderes competentes, em linha com a análise de atribuições e consequências decorrentes de suas decisões.

2 CONSEQUENCIALISMO E A LINDB

2.1 BREVE INTRODUÇÃO

A relevância da análise econômica do direito que, mais recentemente ganhou destaque, inclusive em termos legais, com a edição da LINDB, e a inserção da teoria consequencialista, nem sempre teve o seu valor reconhecido.

Inarredavelmente existem diferentes interpretações para AED, a partir das diversas escolas, tais como Escola de Chicago, Escola da *Public Choice*, além do Movimento dos Estudos Críticos, dentre muitos outros.

Historicamente, seu nascimento remonta a 1958, ano em que, segundo Silveira (2022, p. 119), foi publicado o primeiro exemplar do *Journal of Law and Economics*, mas também devendo ser levado em conta o ano de 1973, data da publicação da obra de Richard Posner intitulada *Economic Analysis of Law*, que muda a abordagem e a relação do direito com a economia e que se espraia por todos os continentes.

Entre o formalismo jurídico e o realismo jurídico, a justificativa tanto do Direito como da Economia deve estar em sintonia com a solução de relações sociais, em seus diferentes níveis de complexidade, portanto, o realismo, embora não desprovido do devido formalismo, ganhando contornos e se aproximando da sociedade e de seus anseios.

Segundo Pogrebinschi (1977, p. 27):

> É possível afirmar que a Análise Econômica do Direito possui íntima ligação com o pragmatismo jurídico e apresenta três características básicas: a) antifundacionalismo: rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no Direito, imunes às transformações sociais; b) contextualismo: a interpretação jurídica é norteada por questões práticas e o Direito é visto como prática social; e c) consequencialismo: as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro e não para o passado.

Na verdade, as consequências de interpretações perpetradas por quem detém o poder judicante deve se utilizar da norma, mas precisa levar em consideração a realidade, sob o aspecto econômico e social. Ora, o Direito se sustenta na perpetuação de regras e julgados que estejam em sintonia com a sociedade. Nesse sentido pode-se considerar que o objetivo de AED consiste exatamente na promoção da maior eficiência do Direito.

A maior eficiência aqui pode ser entendida, inclusive, sob o aspecto preconizado pelo art. 37 da CRFB, mas não apenas em seu aspecto econômico, uma vez que ao Estado se impõe levar em conta diferentes aspectos fundamentais e que devem ser o norte a ser seguido, tais como: qualidade do serviço ou do bem, durabilidade, confiabilidade, universalização da prestação do serviço disponibilizado à maior quantidade de pessoas, dentre outros. Nem sempre a medida mais barata será a mais eficiente (“o barato pode custar caro”). Assim,

medida administrativa eficiente ocorrerá quando implementados, com maior intensidade e com os menores custos possíveis, os resultados legitimamente esperados.

A aplicação da eficiência no que tange a atividade administrativa, sugere duas indagações, no entendimento de Ávila (2005; p. 21):

> A primeira: a administração tem o dever de obter "o melhor resultado" ou apenas "um resultado satisfatório ?" A segunda: a administração tem o dever de escolher o meio menos oneroso financeiramente, ou o custo financeiro é apenas um dentre tantos elementos a serem ponderados para a tomada de decisão?

A missão do administrador público, esteja ele em que posição for, precisa levar em conta inúmeros fatores que estarão direta e indiretamente relacionados com o seu objeto de avaliação e decisão. Daí que não se trata de apenas responder ou, nas palavras de Ávila, encontrar o "melhor resultado", mas antes que o resultado além de satisfatório leve em conta os múltiplos fatores e efeitos de sua escolha para a sociedade.

Certamente que a AED não pode ser observada sob um único viés. Dessa forma, o entendimento de Gomes e Duarte (2024, p. 104) colocam luzes nessa questão:

> A AED possui duas concepções distintas: a) positiva: analisa os efeitos das normas jurídicas sobre comportamento dos agentes econômicos (ex: impactos das normas que estipulam a divisão de riscos em contratos administrativos ou que consagram a regra responsabilidade civil objetiva) e b) normativa: recomenda a elaboração de políticas públicas e de normas que venham a produzir as melhores consequências econômicas.[1]

Na verdade, políticas públicas e normas devem estar em sintonia com a sociedade, daí porque a LINDB um dos grandes exemplos dessa sincronicidade, pois ambas devem atender aos seus anseios e necessidades. Mas a quem compete a elaboração de políticas públicas de forma direta e mais imediata?

A resposta a esse questionamento conduz à identificação de agente público, democraticamente considerado como detentor de tal atribuição e, em certa medida, também é ele o responsável pela edição normas, dentro do que constitucionalmente lhe compete.

Em outro giro, a doutrina consequencialista, decorrente da Análise Econômica do Direito, sob o viés jurídico-pragmático, se viu inserida normativamente no contexto da LINDB, na qual impõe aos órgãos detentores de poder judicante procederem a escolhas na análise dos efeitos de suas decisões em demandas que lhe são submetidas. Nesse rol, em certa

[1]Ver mais profundamente em PINHEIRO, A. C.; SADDI, J. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 88.

medida, também foram acrescidos os Tribunais de Contas que, mesmo atrelados ao Poder Legislativo, tem a missão constitucional de fiscalizar contas da Administração e suas relações jurídicas com o particular, mormente, empresas individual ou coletivamente consideradas.

Nesse sentido, o consequencialismo jurídico e a sua inexorável influência na ordem econômica apresenta um desdobramento que também produz resultados sensíveis e de grande relevância na sua interação, em âmbito administrativo, nos julgamentos e posicionamentos exarados das Cortes de Contas do país, tendo o Tribunal de Contas da União (TCU)[2] sua expressão máxima. Mas, para que se compreenda essa relação e seus reflexos, é preciso um passo atrás, na compreensão da origem dessa ordem administrativa e a sua produção de efeitos.

3 TRIBUNAL DE CONTAS E SUAS PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS

A criação dos Tribunais de Contas no Brasil não é nova. Instituído no ano de 1890, por meio do Decreto 966-A, o Tribunal de Contas, sob a atuação de Ruy Barbosa, tinha como objetivo o "exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernente á receita e despeza da Republica" (*sic*) (cf. art. 1º). Até a Constituição de 1967, esse controle de despesas estava aliado à uma função administrativa ampla e o art. 2º do Decreto já apresentava a ideia de que a instituição funcionaria como verdadeira chancelaria prévia (modelo preventivo) de:

> Todos os decretos do Poder Executivo, ordens ou avisos dos diferentes Ministérios, suspscetíveis de criar despesa, ou interessar as finanças da Republica, para poderem ter publicidade e execução, serão sujeitos primeiro ao Tribunal de Contas, que os registrará, pondo-lhes o seu «visto», quando reconheça que não violam disposição de lei, nem excedem os créditos votados pelo Poder Legislativo[3].(*sic*)

A sua atuação, portanto, era preliminar ao gasto público, conferindo-lhe certa independência e, por consequência, capturando a Administração. Com a sofisticação do Estado brasileiro, a atuação prévia do Tribunal de Contas da União passou a perder o sentido.

[2]O Art. 75 da Constituição Federal encerra a seção dedicada à "fiscalização contábil, financeira e orçamentária" prevendo que "As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios." Neste sentido, a presente análise se debruçará primordialmente em relação ao funcionamento e reflexos das decisões do Tribunal de Contas da União, sem ignorar, entretanto, a mesma produção de efeitos no âmbito das Cortes de Contas Estaduais e Municipais, reflexos regionais do controle externo previsto na Carta Magna.

[3]Vide D00966-A disponibilizado em: BRASIL. Decreto n° 966-A, de 7 de novembro de 1890. Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despeza da Republica. **Subchefia de Assuntos Jurídicos**, Brasília, 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d00966-a.html. Acesso em: 06 jun. 2024.

A própria administração financeira do Estado se tornaria engessada a medida em que, para todo e qualquer uso de recursos púbicos, seria necessário prévio crivo da Corte de Contas.

Foi diante desse cenário, então, que o modelo de exercício da atividade administrativa sofreu sua grande mudança. A atuação do TCU passou a se dar após o empenho público, ou seja, na análise sobre a pertinência das contas ou, melhor dizendo, no *julgamento de contas*. Essa alteração fez com que o Tribunal de Contas da União, expressão máxima da fiscalização estatal em controle externo, passasse a atuar como verdadeira Corte administrativa — em que pese de opiniões contrárias —, conferindo à Administração, então, maior autonomia para a gestão e destinação de políticas públicas.

Esse controle externo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Com efeito, em seu Título IV, a Carta Política previu a forma de organização dos poderes da República, inserindo, no art. 70, a competência do Congresso Nacional para adoção de atos de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, na administração direta e indireta, através de controles externos e internos de cada um dos Poderes, atinentes à salvaguarda da legalidade; legitimidade e economicidade. E para o que importa na presente análise, a mesma Seção previu, em seu art. 71, a criação do Tribunal de Contas da União como órgão de controle independente, regido por lei própria (Lei 8.443/92), e meio instrumental para a realização desta fiscalização, com competência exaustiva — mas de todo ampla — e exclusiva para todas as atividades de controle externo, à exceção do julgamento de contas do Presidente da República, prerrogativa esta conferida ao Congresso Nacional, determinada pelo art. 49, IX da Constituição.

O inciso, IV do art. 71, inclusive, pode dar a falsa ideia de que, mesmo diante do novo paradigma de atuação do Tribunal de Contas, também é conferido ao TCU, através de inspeções ou auditorias, atuar de maneira preventiva em relação à ordenação de despesas, mais uma vez bloqueando e criando empecilhos à atuação do gestor. No entanto, o correto entendimento do uso desses instrumentos, em uma perspectiva constitucional, é de que a Corte de Contas não os usa para controlar "o agir", tal como antes. Na realidade, a atuação se dá em relação aos próprios agentes responsáveis, mantendo-se, tanto quanto possível, o ato administrativo em si. Daí porque as decisões do TCU eventualmente resultam na aplicação de multa ou débito, com eficácia de título executivo (art. 71, §3º).

Nesse sentido, é preciso que se compreenda que a atuação do TCU, atualmente, ocorre sopesando dois elementos fundamentais: a necessidade de fiscalização externa, que prima pelos princípios indicados na Constituição, e a independência da Administração para a

tomada de decisão e realização de atos que, ao fim e ao cabo, podem justificar responsabilização do gestor.

Não se ignoram as previsões do art. 71, IX e §§ 1º e 2º, onde conferida certa liberdade ao Tribunal de Contas da União ao dispor que a Corte pode assinalar prazo para adição de determinada medida pelo gestor ou, em caso de sustação de contrato, deter prerrogativa decisória quando da mora ou omissão do Congresso Nacional ou do Poder Executivo. No entanto, o espírito por trás da previsão de nova atuação do Tribunal de Contas deve ser entendido no sentido da atuação conjunta com Administração, em que pese eventuais debates sobre "desvios de percurso" da Corte (ex: adoção de medidas cautelares; revisão de instrumentos contratuais em plena execução e até mesmo desconsideração da personalidade jurídica para atingir dirigentes ou acionistas de empresas causadoras de danos ao erário).

A consequência direta de tudo o que se expôs brevemente acima é que, tal é a importância dessas atribuições constitucionais amplas e de titularidade exclusiva que as atividades dos Tribunais de Contas, notadamente o Tribunal de Contas da União, passam a ser entendidas como entende Justen Filho (2023, p. 755), como *"*uma atuação quase jurisdicional", em contraponto às outrora funções meramente administrativas, quando da sua instituição.

Para Meirelles (2012, p. 774), "as atividades dos Tribunais de Contas do Brasil expressam-se fundamentalmente em funções técnicas opinativas, verificadoras, assessoradoras e jurisdicionais administrativas (…)*",* de modo que, guardadas as devidas proporções, esses Tribunais gozam de determinada independência que, como se intui, é campo amplo de debate.

Não é objetivo deste trabalho se debruçar sobre discussões de aparente conflito entre a previsão constitucional e a efetiva prática de competências próprias das Cortes de Contas. O que importa dizer sobre o tema é que tanto a doutrina, como o faz Di Pietro (2014, p. 826)[4], quanto o Supremo Tribunal Federal, dando efetividade ao Princípio da Unicidade de Jurisdição (art. 5, XXXV da CF), reconhecem relativa independência dos Tribunais de Contas, mas também a possibilidade de revisão das decisões administrativas pelo Poder Judiciário[5].

[4]Maria Sylvia Zanella Di Pietro, inclusive, dado o caráter auxiliar desses tribunais reconhece que "*não se trata de função jurisdicional, porque o Tribunal de Contas apenas examina as contas, tecnicamente, e não aprecia a responsabilidade do agente público, que é de competência exclusiva do Poder Judiciário."*

[5]"A existência de órgãos para-jurisdicionais, como o Tribunal de Contas da União, não afasta o fato de que, no Brasil, a jurisdição é unitária, sendo certo que não dispomos de Contencioso Administrativo, como ocorre em outros países. 2) Essa unidade – decorrente do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (ou da ubiquidade da justiça) [art. 5º, XXXV] – não se contrapõe, todavia, ao caráter soberano e permanente das

Entretanto, é nesse campo de aparente autonomia que exsurge um questionamento: podem os Tribunais de Contas — notadamente o Tribunal de Contas da União —, invocando as prerrogativas de competências exclusivas, conferidas pela Constituição, se imiscuir, sem qualquer limitação, nos atos do gestor e do particular que com o público se relaciona, sob a justificativa de salvaguarda da legalidade; legitimidade e economicidade? É dizer, qual o limite de atuação das Cortes de Contas e como a teoria consequencialista se relaciona às suas decisões? É o que se passa a analisar.

3.1 LIMITES A ATUAÇÃO DO TCU SOB A PERSPECTIVA CONSEQUENCIALISTA ADMINISTRATIVA-ECONÔMICA

Como já indicado capítulos acima, o consequencialismo jurídico, como ferramenta hermenêutica, determina a necessidade de se levar em consideração, na tomada de decisões, os efeitos práticos e repercussões jurídicas de determinado posicionamento, a fim de conferir não só validade como também efetividade ao Direito.

Esse caminho ideal de solução de controvérsias, entretanto, como em qualquer instância decisório-julgadora, incluindo aí o TCU, corre sério risco de substituição pela prática do '*ativismo judicial negativo'*, justamente porque, nessa atuação ampla e quase jurisdicional dos Tribunais de Contas — e principalmente no TCU —, sob alegada chancela constitucional, é que se pode construir a equivocada intelecção sobre a possibilidade de revisão geral de todo e qualquer ato da administração e dos particulares a ela atrelados[6], à conveniência momentânea do julgador.

---

decisões dos Tribunais de Contas, quando no exercício de sua específica competência constitucional (art. 71, da CF). Assim, impende observar a desejável harmonia entre as competências constitucionalmente estabelecidas. 3) Ipso Facto, por um lado, não há que se falar em impossibilidade de controle jurisdicional das decisões oriundas dos Tribunais de Contas, sob o argumento de uma suposta intangibilidade do mérito administrativo. Noutro eixo, um eventual contraste jurisdicional subsequente às decisões do Tribunal de Contas da União não implica, necessariamente, revisão quanto ao mérito do julgamento, senão quanto aos aspectos técnicos-formais do processo, inclusive no que tange à razoabilidade e adequação do decisório prolatado no Tribunal de Contas, ante a instrução efetivada. A extensão do controle jurisdicional dependerá do caso concreto. (…)5. O que ora importa sublinhar, de forma clara – já que é esse o preciso objeto da pretensão recursal –, é a efetiva possibilidade de revisão das decisões administrativas prolatadas pelo Tribunal de Contas da União, pelo Poder Judiciário, ao qual compete o controle e a tutela jurisdicionais, nos termos dos balizamentos supra delineados (art. 5º, XXXV da CF; e art. 745, V, do CPC)" (RE n. 629.711/RJ, Min. Rel. Marco Aurélio de Mello, Decisão Monocrática, dj; 07.12.15, DJE 10.12.15 – grifou-se).

[6]Conforme decidido no âmbito de incidente de uniformização de jurisprudência, decorrente do Acórdão 321/2019-PLENÁRIO, particulares estão sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas da União quando apresentarem relação jurídica de ato ou contrato com a administração, sujeita a controle externo, e dela causarem dano.

O ativismo judicial, expressão de origem norte-americana, conforme destaca Barroso (2024, p. 157)[7], tem origem na atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos, durante os anos em que presidida por Earl Warren, período em que ocorrida profunda modificação na política americana, capitaneada pela edição de uma jurisprudência de vanguarda em matéria de direitos fundamentais da época. Como é natural em momentos de profunda transformação, setores diversos da sociedade tendem a entrar em conflito, momento em que essa tendência progressista foi cunhada pejorativamente de "ativismo jurídico".

A ideia do ativismo, entretanto, é e sempre foi de participação do Poder Judiciário na concretização e consecução de valores com fins constitucionais, principalmente, como é o caso do Brasil, quando ocorrida retração dos Poder Legislativo e, em determinada medida, do Poder Executivo, seja por tendências conjecturais, seja por ausência de identificação social. Nesse sentido, o ativismo judicial se consubstancia em uma postura de se extrair ao máximo as potencialidades das previsões constitucionais, garantindo a salvaguarda dos interesses sociais em momentos de omissão dos demais Poderes.

Evidentemente, essa tendência (i) não está livre de seu mau uso, daí porque o termo 'ativismo judicial negativo'; e (ii) transborda os limites judiciais, exercendo forte influência também no âmbito administrativo, já que se (a) é na retração, principalmente do Poder Legislativo, que o ativismo jurídico ganha mais espaço e (b) o Tribunal de Contas é órgão de controle a ele atrelado, com instituição constitucional, e por muitos reconhecido, tal como Miranda (1947, p. 141), que "no campo material, é corpo judiciário, no formal, corpo auxiliar do Congresso Nacional". O efeito mediato, portanto, é de que em sentido positivo ou negativo as Cortes de Contas acabam por não passar ao largo desta tendência.

Sobre o tema, Sunfeld e Câmara (2020, p. 21) reconhecem que:

> A postura mais ativa do Tribunal de Contas tem feito com que este órgão seja visto algumas vezes como uma espécie de instância revisora geral de diversas decisões administrativas. De ofício ou mediante provocação de interessados, a Corte de Contas tem sido instada a se pronunciar sobre decisões administrativas das mais variadas índoles. São amplas e incontestes as atribuições do Tribunal de Contas para analisar a legalidade, legitimidade e economicidade da atuação da Administração Pública (…).

Mas, também como frisam os autores, que:

> O poder de intervenção do Tribunal de Contas nas atividades da Administração encontra limites. Ele não é instância revisora integral da atividade administrativa, que seja competente para corrigir ilegalidades em toda e qualquer decisão tomada no exercício da função administrativa por entes estatais [ou mesmo pelos particulares que com ela mantém relação]. Corte de Contas não é Conselho de Estado[8].

O protagonismo atual dos Tribunais de Contas, então, não pode, em nenhuma circunstância, ser compreendido como palco de revisão injustificada de atos, justamente porque, na adoção dessa perspectiva, perde-se o norte de suas efetivas funções, adentrando-se no '*ativismo judicial negativo'*. Foi justamente analisando essas circunstâncias que Cabral (2021, p. 215), no artigo "O ativismo de Contas do Tribunal de Contas da União (TCU)", expõe o que chama de "divergência conceitual" entre aqueles que defendem uma atuação positiva das Cortes de Contas, como um poder-dever dos Ministros e Conselheiros em interferir na esfera da administração pública "visando, com isso, concretizar, em maior ou menor grau, os valores e fins estabelecidos na Constituição", e a posição de outros que entendem esse ativismo, mascarado pelas prerrogativas constitucionais, e sob o pretexto de ponderação racional de valores envolvidos, como uma verdadeira tentativa de avocar à Corte de Contas as prerrogativas do três Poderes, como se julgadora, reguladora e executora da política pública fosse.

É de se supor que o ativismo judicial, mesmo em âmbito administrativo, não traga consigo apenas a marca dos vícios e dos sopros inconstantes das tendências momentâneas. Até mesmo para a concretização da hermenêutica consequencialista, principalmente no âmbito administrativo-econômico, é preciso certa dose de ativismo. Nesse sentido, é de todo positivo que o Tribunal de Contas avalie e revise o uso do erário, através das políticas públicas desempenhadas, conferindo resultados e empregando os meios correcionais que lhe foram assegurados pela constituição em caso de desvio. Não é disso que se trata o debate.

No entanto, como ensinam os autores Aranres e Moreira (2019, p. 100):

> (...) em paralelo ao ativismo judicial, o ativismo de contas conforma a conceituação mais ampla, abarcando aqui também o que se denomina de ativismo de atores políticos ou ativismo político estatal. Essa forma de ativismo consistiria em atores estatais "empenhados em conquistar e manter poder vis-à-vis outras instituições, muitas vezes rivais, no interior do Estado".

E, de forma que:

> (...) o comportamento dos Tribunais de Contas, a pretexto de se mostrarem proativos ou de serem encarados como concretizadores de direitos fundamentais ou

[8]Op. cit.

> controladores de políticas públicas, acabam por exercer suas atribuições em desconformidade com o que permite o texto constitucional e infraconstitucional, demonstrando a subjetividade na tomada de decisões por seus membros.[9]

É este tipo de posicionamento, portanto, malversando o texto constitucional que deve ser repelido. Não se ignora que, na atualidade, segmentos da sociedade indiquem certa concordância com o aumento do controle da coisa pública e da própria administração. Essa perspectiva, por si só, não está atrelada a qualquer irregularidade, mas foi nesse segmento que os órgãos de controle, inclusive o Tribunal de Contas da União, eventualmente tem encontrado eco para imprimir expediente que atenda anseios sociais, mas que, no âmbito constitucional, nem sempre encontra repercussão positiva.

Como soa evidente, não há, no rol de prerrogativas constitucionais ― ou mesmo nas Constituições Estaduais ―, previsão de que órgãos de controle externo da administração pública possam se intitular competentes para julgar, sem qualquer limite, os atos administrativos ou mesmo dos particulares, imprimindo juízo de valor, muitas vezes do próprio julgador, sem conferir interpretação hermenêutica à análise da legalidade, legitimidade e economicidade. Mais ainda, em relação aos contratos havidos entre a Administração pública e o particular, a competência de sustação é do Poder Legislativo (art. 71, §1º da CF). No entanto, não raro o Tribunal de Contas da União acaba adotando intervenção direta na execução dos contratos, muitas vezes através de medidas cautelares, sob a alegação do exercício do "poder de cautela" em relação às matérias que estão submetidas à sua fiscalização e para preenchimento do vácuo legislativo na adoção de determinada providência, conforme art. 71, §2º da CF.

Seja qual for o cenário, considerando, inclusive, a falta de previsão taxativa em relação à revisão *ad cautelam* dos contratos, fato é que essas decisões acabam por não estarem livres de certo grau de subjetividade, abrindo espaço para o 'ativismo de contas negativo'.

A consequência direta dessa realidade, para mais do que os desdobramentos jurídicos com o oferecimento de ações populares ou de improbidade é, de um lado, a imobilização da Administração Pública e, do outro, o esvaziamento do segmento econômico que com ela se relaciona, em clara afronta ao Princípio da Preservação da Empresa. Analisando tema bastante parecido, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que "A moralidade administrativa e a razoabilidade no atuar da Administração e do sancionamento das condutas ímprobas reclamam exemplaridade que encontra limite na exasperação a qual, a pretexto de interditar participação em licitações, impõe um espectro tão extenso à punição, que inviabiliza

[9]Op. cit.

as atividades empresariais, resultando na morte civil da empresa, fato que implica a redução da parte inoficiosa da sanção. […] A sanção remanescente que interdita às empresas a participação em licitações em geral acarreta a morte civil das pessoas jurídicas"[10].

Nesse mesmo sentido, é de se supor que os atos decisórios emanados pelas Cortes de Contas, portanto, apresentem reflexos claros e que transbordam o âmbito administrativo. O consequencialismo, assim, deve ser entendido como aliado à adoção de determinada postura decisória, para que não se perca de vista os impactos reais daquilo que se determina e que, muitas vezes, transbordam a principiologia constitucional afeta à matéria (art. 70 da CF) para adentrar em discussões que efetivamente não competem à Corte de Contas.

Foi justamente dando espaço à hermenêutica consequencialista que o TCU, em recente julgamento das TCs 033.879/2018-4; 010.398-2017-1 e 036.606/2018-9[11], que pretenderam analisar investimentos realizados pelo BNDES, por meio de sua empresa de participação acionária BNDESPar, no Grupo JBS S/A, entendeu, por maioria, pela regularidade das operações, conferindo quitação plena a um sem-número de imputados, incluindo, inclusive, o próprio grupo privado.

Esses processos administrativos, como se intui, foram instaurados em um contexto de análise e revisão das políticas públicas adotadas por governos pretéritos, que tiveram o BNDES como um dos grandes protagonistas para a concretização de seus objetivos[12].

Especificamente no julgamento da TC 010.398-2017-1 o i. Min. Jorge Oliveira, reconheceu de maneira muito acertada a impossibilidade de responsabilização dos agentes públicos e privados diante de operações que, para além do lucro obtido, teriam ocorrido há quase 20 anos, de modo a não ser razoável, por divergência de metodologia empregada nas análises atuais, apenar gestores[13]. De igual forma, seguindo o voto do primeiro revisor, o Min.

---

[10](REsp 827.445/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.02.10, DJe 08.03.10). Sobre o tema, ainda, "(…) Examinando a querela no ponto da sanção, pelo princípio da proporcionalidade, não me parece razoável que uma empresa como a CBPO, mesmo tendo cometido grave infração contratual que a torna ímproba, venha a ter decretada sentença de morte. Sim, porque nenhuma empresa de grande porte resistirá a ficar por cinco anos sem contratar com o serviço público em toda e qualquer unidade da Federação". (EDcl no REsp 1021851/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, dj. 23.06.09, DJe 06.08.09)

[11]Disponível em https://siga.apps.tcu.gov.br/?ambiente=PRODUCAO&contexto=conecta&URL=https://conecta-tcu.apps.tcu.gov.br/sso

[12]TCU avalia atuação do BNDES em aquisição de empresa de alimentos | Portal TCU; Compra de ações da empresa JBS pela BNDES Participações não gerou débitos | Portal TCU; TCU analisa compra de debêntures da empresa JBS pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social | Portal TCU

[13]"15. Com as devidas vênias à posição do nobre Relator, entendo que além de as condutas imputadas aos gestores não estarem relacionadas, como visto, a possíveis prejuízos aos cofres do banco, considero que tampouco os supostos ilícitos, ocorridos há quase 17 anos, justificam, a meu ver, a apenação dos responsáveis. 16. Isto é, para a sanção dos agentes públicos aqui arrolados, além da caracterização de desconformidade às normas do banco referente ao fluxo das operações, é fundamental avaliar a gravidade da situação em si e a razoabilidade das condutas dos responsáveis. Aliás, vale reiterar que, para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, considera-se erro grosseiro (art. 28 do Decretolei 4.657/1942 - Lindb) aquele que poderia

Benjamin Zymler reconheceu que as operações apresentavam alinhamento às políticas públicas gestadas dentro do Poder Executivo, com aval do Poder Legislativo, e em sintonia com os objetivos do Banco de fomento, não cabendo ao Tribunal de Contas "a crítica sobre tais prioridades governamentais"[14].

Para o Ministro, inclusive, acompanhado pela maioria de seus pares, a política pública instituída não poderia ser objeto de apreciação pelo Tribunal de Contas justamente

---

ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal ou que poderia ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, decorrente de grave inobservância do dever de cuidado. 17. Divergências de entendimentos quanto à suficiência dos procedimentos analíticos que antecederam o aporte de capital sob exame, a menos que contenham vícios inescusáveis, não constitui conduta culposa ou erro grosseiro passível de apenação por este Tribunal. 18. Considero, portanto, não haver evidências suficientes de que a situação examinada se enquadre inequivocamente como "ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial" ou, ainda, "ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário", nos termos do art. 58, II e III, da Lei 8.443/1992."

[14] "52. Em avaliação de tais questões, entendo que a ausência de dano decorrente da operação, bem como pelo estupendo ganho econômico ao BNDES nas decisões de aporte de capital na companhia, devem ser considerados na dosimetria da sanção de todos os responsáveis, em todas as fases de análise e aprovação da operação.53. Sobre a finalidade dos recursos públicos aplicados e os respectivos ganhos econômicos para o país, como detalharei adiante, tratava-se de alinhamento do banco estatal a uma política pública desenhada em centro de governo, síncrona com os objetivos sociais do banco, não cabendo a este Tribunal, no âmbito deste processo, a crítica sobre tais prioridades governamentais. (…) 56. A operação sumariada, segundo aludem os responsáveis, foi compatível com os planos e políticas do BNDES de internacionalização de empresas.(…) 59. Um dos pilares da implementação da política, segundo tais diretrizes, foi a "inserção externa" (…) 65. Independentemente de qualquer formação final de valor que este Tribunal possa empreender, tratava-se de uma pública e conhecida política do governo eleito. Em verdade, como diversas vezes já reconhecido por esta Casa, na alocação de recursos públicos, respeitada a legalidade, existe um amplo espaço discricionário aos alocadores de gasto para priorizarem suas ações de governo. Tais visões políticas sobre os problemas e soluções nacionais é que, em termos simbologia do voto, norteiam o processo de escolha democrática. 66. A esta Corte, nos termos do art. 70 da Constituição Federal, incumbe a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial desses gastos, em aspectos que permeiam a legalidade, a legitimidade e a economicidade da aplicação de recursos públicos. 67. Sob os aspectos contábeis, financeiros, orçamentários e patrimoniais, existe um largo campo de fiscalização no que se refere à conformidade legal e econômica – o que, aliás, permeia a própria constituição deste processo de tomada de contas especial, em face de potenciais prejuízos advindos da forma como essa política foi praticada. 68. Em termos, contudo, do juízo de conveniência e oportunidade, tal crivo não cabe a esta Corte. Pode-se, em viés operacional, testar a legitimidade, a economicidade e a eficiência das políticas, formulando alertas e recomendações para tal – como recorrentemente o Tribunal o faz –, mas não compete à Corte de Contas fazer as prioridades ou determinar que o gestor as faça, em substituição ao poder eleito. O escrutínio político dessas escolhas é privativo do Congresso Nacional.69. Faço essa digressão – por vezes não tão óbvia –, para tecer uma condição de contorno na avaliação das condutas advindas desse processo: uma vez priorizada uma política pública em centro de governo, densificada em planejamento estratégico formulado pelo conselho de administração e conselho diretor da empresa estatal, desde que alinhado com o seu objeto social, cabe-nos fiscalizar a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos processos que levarão ao resultado da política, mas não questioná-la em si. (…) 73. Quer se dizer que a decisão de capitalizar a JBS – criticável ou não – adveio de uma decisão macropolítica, densificada em planos estratégicos do BNDES, para viabilizar a internacionalização de empresas, em setores tidos como estratégicos. Não vejo como, nesse escopo de processo, enquadrar essas operações como "desvio de finalidade", ou questionar o retorno à sociedade de tal aplicação de recursos subsidiados, como foi engendrado pela unidade técnica, ao menos no âmbito deste processo. Essa decisão, em repetição necessária, extrapolou os muros do BNDES, devendo ser apurada, se for o caso, em foro político próprio.(…) Por ora, inexistindo prova objetiva da ocorrência de dolo, alinho-me à minuta de acórdão produzida pelo Exmo. Min. Sherman, salvo quanto à rejeição das razões de justificativa, situação em que ajuízo que devam ser acatadas, com julgamento pela regularidade de suas contas, em homenagem ao que prescreve o art. 22 da LINDB."

porque ao que incumbe àquela Corte, as operações deveriam ser analisadas não sob o aspecto das visões políticas que justificaram os atos e investimentos e sim pela aderência dessas políticas aos princípios constitucionais que regem a atuação do TCU. Nesse sentido, eventual questionamento sobre a adoção de determinada tendência governamental deveria ser questionado e analisado em ambiente próprio e exclusivo a tal fim, que ultrapassaria, por evidente, as prerrogativas constitucionais de crivo do Tribunal de Contas da União.

Em outra oportunidade[15], analisando representação sobre fraude em processo licitatório para implantação da refinaria Abreu e Lima, mesmo aplicando a pena de inidoneidade à construtora OAS, o TCU, em verdadeira demonstração prática de tudo o que se expôs até o momento, reconheceu que, em que pese a necessidade de aplicação de sanção administrativa:

> Considerando a necessidade de não se inviabilizar as atividades econômicas da empresa colaboradora, comprometendo o recebimento pela União dos pagamentos pactuados, entendo que a execução da sanção de inidoneidade deve ser substancialmente reduzida para o prazo de seis meses, suspendendo-se a exigibilidade do período restante, de quatro anos e seis meses, até o pleno adimplemento das obrigações assumidas no Acordo de Leniência celebrado com a CGU ou no Termo de Compromisso de Cessação acordado com o Cade. Faço a ressalva que não está havendo subordinação do Tribunal de Contas da União aos acordos de leniência celebrados em outras instâncias, pois disso resultaria a supressão do exercício do controle externo a cargo do TCU, de índole constitucional. (…) Por outro lado, o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) dispõe 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'. Considero ser o momento de conferir maior pragmatismo ao exercício do Poder Sancionador desta Corte de Contas, observando que a imputação de elevado período de sanção de inidoneidade implicará na inviabilização da empresa e no descumprimento dos termos pactuados com outros órgãos de controle, dificultando a restituição dos valores desviados do Erário. A ação estatal deve se orientar por uma avaliação de custo-benefício que varia conforme a estrutura de incentivos existente. O particular analisará a questão sob a ótica dos riscos (probabilidade de punição e intensidade da pena, segundo o rito tradicional) e dos estímulos (benefícios decorrentes do acordo, como redução da pena, e segurança jurídica das regras estipuladas no pacto). Ao mesmo tempo em que devem manejar e intervir nessa conjugação de riscos e estímulos, é essencial que os órgãos de controle possam agir coordenada e complementarmente. Cada decisão deve ser tomada considerando uma estratégia conjunta de combate à corrupção, uma vez que, seja na seara criminal, seja na seara administrativa, seja na defesa da concorrência, todos devem mirar o interesse público primário - e não seus próprios resultados institucionais isoladamente considerados.

Os dois exemplos acima resumem o objeto de reflexão proposto. Não se defende a completa ausência dos Tribunais de Contas, em especial o TCU, na função fiscalizatória dos atos e muito menos a inaplicabilidade de qualquer sanção em caso de irregularidade. No entanto, é preciso que a atuação da Corte de Contas não seja dissociada da realidade que se

[15] Acórdão 1689/2020-Plenário, Min. Rel. Benjamin Zymler, Plenário, dj. 01.07.20.

apresenta e, mais ainda, sopesando eventuais consequências de suas decisões para a administração e para o mercado. É nesse sentido, portanto, que inserido o consequencialismo jurídico no âmbito do Tribunal de Contas. Distante do ativismo injustificado, primando pela regra geral de independência dos agentes na condução dos negócios e alocação de recursos; com vistas a não criar ambiente antieconômico, e atendo às peculiaridades do caso, com objetivo precípuo de fazer valer o texto constitucional.

3.2 INSTRUMENTALIZAÇÃO DO CONSEQUENCIALISMO NO ÂMBITO DO TCU

Exatamente nesse sistema hermenêutico que foi inserida a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB). Cunhada inicialmente de Lei de Introdução ao Código Civil, o diploma legal sofreu alteração de nomenclatura no ano de 2010, através da Lei 12.376, passando a se chamar como hoje é conhecida. Tempos depois, em 2018, a LINDB foi mais uma vez alterada, por meio do Projeto de Lei 7.448/2017, transformado na Lei 13.655/2018, de autoria do hoje Ministro do Tribunal de Contas da União, Antonio Anastasia, para introdução de mais dez novos dispositivos que visavam tratar sobre "segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público[16]"

Sancionadas as inclusões quase em sua integralidade, o objetivo e o espectro da LINDB foram, então, modificados e expandidos. Tal como se compreende na leitura de seus termos, o diploma passou não só à regulação primordial das relações civis e de cunho internacional, mas também às diretrizes básicas de Direito Público. Ensina Diniz (2015, p. 74) que a Lei de Introdução:

> É uma lex legum, ou seja, um conjunto de normas sobre normas, constituindo um direito sobre direito (*ein Recht der Rechsordnung, Recht über Recht, surdoit, jus supra jura*), ou seja, um superdireito,ou melhor, um direito coordenador de direito. Não rege, portanto, as relações da vida, mas sim as normas, indicando como aplicá-las, determinando-lhes a vigência e eficácia, suas dimensões espaciotemporais.

A LINDB, assim, pode e deve ser entendida como a expressão máxima da inserção do mundo real como diretriz básica do ordenamento jurídico, inclusive nas relações do Direito Público e do Direito Econômico a ele aliado. A inserção dos arts. 20 a 30, nesse sentido, tem destinação certa: se dirigem àqueles que tem competência decisória e que apresentam função na interpretação e aplicação das regras ali instituídas, inclusive no âmbito do Tribunal de Contas.

[16]Cf. PL 7.448/2017 (vide Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br))

Daí porque grande instrumento na construção da hermenêutica consequencialista: permite que o julgador, atento às consequências práticas e objetivos essenciais dos atos praticados, os leve em consideração antes da tomada de decisão. Essa postura-dever, por evidente, gera reflexos diretos no próprio pronunciamento das Cortes de Contas, na medida em que, em detrimento do julgamento baseado apenas na letra fria da lei ou arraigado de cunho político-ideológico, impõe ao julgador, na análise do caso concreto, "as consequências práticas da decisão" (art. 20); "os obstáculos e as dificuldade reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo" (art. 22); "as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situação plenamente constituídas" (art. 24) a teor dos exemplos analisados no item anterior.

Ao voltar os olhos à problemática real dos atos praticados pelos gestores; aos particulares vinculados de alguma forma à administração pública; e as repercussões desses atos, a LINDB, como instrumento consequencialista, determina que o julgador, inclusive no âmbito administrativo, esteja atento à realidade que o cerca e que permeou o ato decisório analisado. E vai além. No âmbito das Cortes de Contas, impõe que o julgamento, sempre com o norte na aplicação do texto legal à realidade dos agentes praticantes dos atos analisados, esteja adstrito à análise constitucional dos princípios indicados no art. 70 da Constituição, de forma a trazer mais segurança jurídica para às relações, evitando-se o pronunciamento valorativo e subjetivo daquilo que se julga.

Tal como qualquer outro ambiente decisório, a Corte de Contas não está livre de intempéries e interpretações distantes do que aqui se defende, afastando-se dos objetivos do consequencialismo e, melhor dizendo, da instrumentalidade conferida pela LINDB. Justamente diante desse aspecto é que forçoso reconhecer que atividade de salvaguarda das ponderações, frente aos atos analisados e impugnados, é tarefa constante do julgador e da qual ele não pode se afastar.

4 CONCLUSÃO

As considerações acima não pretendem, em absoluto, encerrar as discussões sobre as prerrogativas e limites constitucionais estabelecidos ao Tribunal de Contas da União – e também às Cortes de Contas estaduais – na análise dos atos administrativos submetidos ao seu crivo.

A confirmação, inclusive pelo texto constitucional, de que os Tribunais de Contas são órgãos de amplo poder, também justifica a necessária análise crítica sobre os temas

vinculados à sua alçada e a tomada de decisão final pelo julgador, exatamente para que se evitem debates que devem ser travados no âmbito político ou no segmento judicial competente, considerando o grande o impacto dessa tomada de decisão na atividade administrativa e nos segmentos econômicos a ela atrelados.

Neste sentido, o escopo de análise desses Tribunais deve estar adstrito à tecnicidade, sempre primando pela aplicabilidade dos princípios enumerados no art. 70 da Constituição Federal e aos fundamentos do consequencialismo jurídico, ainda em âmbito administrativo e econômico, e à constatação de que, ao fim e ao cabo, as decisões ali confirmadas trarão impacto e externalidades que não podem ser desconsideradas.

A LINDB, então, após a inclusão dos dispositivos relacionados à administração pública, é grande parâmetro para a tomada de decisão dos Tribunais de Contas, na medida em que estabelece uma verdadeira forma de agir ao julgador, identificando que as atividades relacionadas à administração pública, inclusive na celebração de contratos com o particular, são dinâmicas e muitas vezes contam com certo viés político, que não deve ser tema de crítica no controle externo, justamente pelo perigo da prática de ativismo jurídico, sem a contrapartida do benefício social.

O grande desafio, neste sentido, é a manutenção de um Tribunal consciente de seus deveres, mas alheio aos debates que devem ser travados no Parlamento e no âmbito executivo. É somente assim que, de um lado, poderão ser estabelecidos limites à tomada de decisão e uso da coisa pública e, de outro, a garantia de um ambiente independente na análise dos atos de agentes públicos e particulares o que, ao fim e ao cabo, trará segurança jurídica e manutenção dos mais distintos segmentos econômicos.

5 REFERÊNCIAS

ARANRES, R. B.; MOREIRA, T. M.Q. Democracia, instituições de controle e justiça sob a ótica do pluralismo estatal. **Opinião Pública**, Campinas, v. 25, n. 1, p. 100-103, 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/j/op/a/y9dCbmHBdT8QJTDZh563fFx/. Acesso em: 06 jun. 2024.

ÁVILA, H. Moralidade, razoabilidade e eficiência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, p. 21, 2005. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 31 maio 2024.

BRASIL. Decreto n° 966-A, de 7 de novembro de 1890. Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despeza da Republica. **Subchefia de Assuntos Jurídicos**, Brasília, 1980. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d00966-a.html. Acesso em: 06 jun. 2024.

CABRAL, F. G. O ativismo de Contas do Tribunal de Contas da União. **Revista dos Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 16, p. 215-257, 2021. Disponível em: https://www.rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/264. Acesso em: 06 jun. 2024.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 32º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Forense, 2023.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

GOMES, J. M. M.; DUARTE, V. T. Um olhar sob a ótica da Análise econômica do Direito (AED), In: MARSHALL, C.; PESSOA, L.; LAGASSI, V. **Temas Contemporâneos do Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRANDA, F. C. P. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.

POGREBINSCHI, T. **Pragmatismo:** teoria social e política, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1977.

SILVEIRA, A. B. S. **Análise Econômico do Direito e Teoria dos Jogos**. São Paulo: JusPodium, 2022.

SUNFELD, C. A.; CÂMARA, J. A. **Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade, Competências de Controle do Tribunais de Contas – Possibilidades e Limites**. São Paulo: Almedina, 2020.