

PROCESSO TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5

INTERESSADO: Tribunal de Contas da União.

ASSUNTO: Parecer do Projeto de Lei nº 7.448/2017, em face do parecer-resposta elaborado pelos autores do projeto em relação à análise preliminar que esta Consultoria havia realizado.

O Projeto de Lei 7.448/2017, cuja origem foi o PLS 349/2015, apresentado no Senado Federal pelo Senador Antonio Anastasia, com base em proposta que lhe foi submetida pelos advogados e professores Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, trata, segundo consta de sua ementa, de incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “*disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público*”.

Referido projeto de lei encontra-se, atualmente, na Presidência da República e tem sido objeto de diversas manifestações contra, mas também a favor, da sanção presidencial.

Sobre o citado PL esta Consultoria Jurídica do TCU, ainda no ano de 2017, produziu o documento intitulado “Análise preliminar do PL 7.448/2017”, no qual procedeu a uma análise, naquela oportunidade, apenas preliminar, em que destacava os pontos críticos do citado projeto que mereciam ser vetados pelo Presidente da República.

Nos últimos 20 dias, no entanto, a discussão sobre o PL 7.448/2017 ganhou novos e qualificados atores, uns contra e outros a favor da proposta legislativa.

Contra a sanção presidencial é possível citar as seguintes manifestações públicas de alguns órgãos e de algumas entidades:

- Nota Técnica do Ministério Público Federal e seu encaminhamento à Presidência da República pela sua Procuradora-Geral;
- Nota Técnica do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Contas (CNPGC) e da Associação Nacional dos Ministério Público de Contas (AMPCON);
- Nota Técnica da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) e da Associação Nacional dos Ministros e dos Conselheiros-Substitutos dos Tribunais de Contas (AUDICON);
- Carta Aberta da Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil (ANTC) e da Associação da Auditoria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (AUD-TCU);

- Nota Técnica da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA);¹
- Nota Técnica do Colégio Nacional de Presidentes de Tribunais de Contas;

Na defesa do mencionado projeto também tem havido a publicação de algumas notas e artigos, com destaque para o Parecer-Resposta à Análise Preliminar realizada por esta Consultoria Jurídica acima referida.

Nesta oportunidade, apresentamos abaixo, não mais uma análise preliminar, mas um parecer jurídico sobre a matéria. Para tanto, iremos reproduzir parte do que afirmamos em nossa análise preliminar mas também acrescentaremos muitos novos argumentos, especialmente em face do que constou do citado parecer-resposta assinado pelos autores do PL 7448/2017, juntamente com outros juristas, por se tratar da principal e mais densa manifestação pública em defesa do referido projeto de lei.

Por dever de lealdade, é de se registrar que esta Consultoria Jurídica produziu duas versões da análise preliminar. Uma primeira mais concisa, enviada pelo Presidente do TCU a algumas autoridades do Poder Executivo, e uma segunda que, ao final, foi entregue ao Presidente da República pelo Presidente do TCU. Pelo teor do parecer-resposta não é possível ter certeza acerca de qual versão foi usada para a sua elaboração, embora haja alguns indícios que parecem indicar ter sido a primeira versão.

De qualquer modo, neste parecer, para facilitar a compreensão, apresentamos, primeiro, o que a Consultoria Jurídica afirmou sobre cada dispositivo em sua análise preliminar entregue pelo Presidente do TCU ao Presidente da República. Logo após apresentamos os argumentos constantes do parecer-resposta. E a seguir a nova análise desta Consultoria Jurídica.

Entendemos não ser necessário apresentar separadamente o que disse esta Consultoria Jurídica em cada uma das duas versões de sua análise preliminar porque em nada acresceria ao exame que será procedido a seguir, até porque a segunda versão incorporou tudo o que constou da primeira e lhe acrescentou apenas alguns poucos argumentos, assim como em nada prejudica as considerações que esta Consultoria Jurídica fará sobre as assertivas

¹ Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26354-associacoes-pedem-veto-integral-ao-projeto-de-lei-que-altera-a-lei-de-introducao-as-normas-no-direito-brasileiro>>

constantes do parecer-resposta, pois o objetivo neste parecer não é demonstrar o erro ou o acerto desta ou daquela afirmação de quem defende o PL 7448/2017.

O objetivo deste parecer é o de fornecer argumentos para uma melhor reflexão da matéria por todos. E, embora, ao longo deste parecer, apresentemos críticas e divergências relativa tanto à tramitação do PL 7448/2017 quanto ao seu conteúdo, a premissa que adotamos é no sentido de que todos os que, de algum modo, estão envolvidos nesse tema buscam soluções para o que identificam como problemas e o fazem segundo suas visões de mundo, imbuídos de elevados propósitos públicos.

1) DA AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO DO PL COM OS ÓRGÃOS DE CONTROLE

Segundo os autores desse projeto de lei, *“ao longo dos 4 anos em que tramitou pelo Congresso Nacional, o PL nº 7.448/2017 recebeu amplo apoio de economistas, juristas, administradores públicos e formadores de opinião dos mais variados matizes”*.

Lamentavelmente, porém, os órgãos de controle não foram chamados a participar de nenhum desses debates, nem antes de sua chegada ao Congresso Nacional nem após.

No âmbito do Senado Federal houve apenas uma audiência, que contou com a participação de dois representantes do Poder Executivo e um dos municípios. Ou seja, os órgãos de controle não foram chamados a participar das discussões sobre esse projeto.

Na Câmara dos Deputados a sua tramitação seguiu toada mais grave ainda, pois não houve sequer uma única audiência, tendo o citado projeto sido aprovado somente nas Comissões, em caráter conclusivo.

Em decorrência dessa rápida tramitação apenas pelas Comissões da Câmara, sem a realização de qualquer audiência, especialmente com os órgãos de controle, e dada a relevância da matéria para a sociedade brasileira, a Deputada Érika Kokay interpôs recurso ao Plenário, com o objetivo de permitir a realização de discussões com a sociedade sobre a proposta legislativa, principalmente pelo fato de que diversos dispositivos desse PL que

apontavam para direção oposta à finalidade nele anunciada, ou seja, a segurança jurídica. No entanto, o Plenário aprovou Requerimento de iniciativa coletiva de retirada do recurso do Plenário, o que provocou, por consequência, a remessa do PL para a Presidência da República, para fins de sanção ou veto.

Eis o retrato da tramitação dessa proposta legislativa, tanto na sua fase embrionária quanto no Congresso Nacional. E o que se constata é a mais absoluta ausência de discussão da matéria **com os órgãos de controle**, não obstante se tratar de tema com fortíssimo impacto para referidos órgãos assim como para a Administração Pública e para o cidadão.

Não se pode partir da premissa de que os autores do PL estão absolutamente corretos em suas análises sobre a realidade, sobre seus problemas e sobre as soluções mais adequadas para resolvê-los. Adotar esse comportamento seria ignorar toda uma compreensão não apenas filosófica mas também prática da democracia e da construção de soluções que se pretendem justas.

Nas democracias a construção de qualquer solução, seja legislativa, administrativa ou judicial, ocorre por meio do debate franco, aberto e participativo, de modo a que a solução final possa desfrutar da mais ampla legitimidade democrática.

Não por outra razão, Otfried Höffe sustenta que, no processo político de tomada de decisão, na busca das soluções mais justas para a sociedade é preciso haver o que denomina de “processo comunicativo de avaliação” e também de decisão, no qual estariam presentes aspectos relativos aos fins, **mas também aos meios**. Para tanto, os **participantes** do debate deveriam ter a disposição de aprender sobre as questões tanto **práticas** quanto **teóricas** e de reconhecer ao final a melhor solução. Ou seja, defende Höffe o consenso.² [os grifos são nossos]

No mesmo sentido foi a expressão de Jürgen Habermas, quando da análise do processo decisório judicial, mas que, em tudo, aplica-se ao processo decisório de um modo geral, ao advertir que o juiz deve se libertar da solidão e adotar um “mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática da argumentação, que exige de todo o

² HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. Tradução: Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 428-437.

participante a assunção das perspectivas de todos os outros”, tendo em vista que:

(...) a pré-compreensão paradigmática do direito em geral só pode colocar limites à indeterminação do processo de decisão iniciado teoricamente e garantir uma medida suficiente de segurança jurídica, se for compartilhada intersubjetivamente por todos os parceiros do direito e se expressar uma autocompreensão constitutiva para a identidade da comunidade jurídica.³

Não obstante se possa constatar que a preocupação com o debate amplo entre os diversos envolvidos no assunto seja a tônica do Congresso Nacional, do que são exemplos o Projeto de Lei que busca alterar a Lei de Licitações e a denominada Lei do Abuso de Autoridade, a tramitação do PL 7.448/2017 contradiz flagrantemente esta tradição, pois, embora promova drástica e ampla alteração da LINDB, não primou pela discussão.

De se observar que, segundo os autores do projeto, os principais problemas a resolver seriam a insegurança jurídica e a ineficiência da Administração Pública. Conforme declarações públicas desses autores e de alguns outros juristas, esses dois problemas - *insegurança jurídica e ineficiência* - estariam provocando também a paralisia da Administração Pública, o apelidado “*apagão das canetas*”, segundo o qual ninguém quer inovar com medo dos órgãos de controle.

Essas são, portanto, as premissas adotadas pelos autores do PL. E a solução estaria no PL 7.448/2017. Veja-se que nem as **premissas** nem as **soluções** propostas foram submetidas a uma discussão com a participação dos órgãos de controle.

Segundo consta da justificativa do PL 7448/2017, esse projeto de lei é fruto de projetos de pesquisa mais amplos desenvolvidos por pesquisadores da Sociedade Brasileira de Direito Público em parceria com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Não obstante a relevância de estudos desse jaez, a ausência de participação dos órgãos de controle nessas discussões certamente fragiliza as premissas a que chegaram esses estudos, pois atribuíram aos órgãos de controle grande parte da responsabilidade pela insegurança jurídica e pela ineficiência da Administração Pública.

A exclusão dos órgãos de controle desse debate, principalmente do TCU, que

³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 277-278.

dispõe de inúmeros dados estatísticos tanto acerca da sua atuação quanto sobre o desempenho da Administração Pública, é procedimento que, como se disse antes, fragiliza as conclusões desse estudo, pois, consoante adverte Karl Popper, é preciso submeter a teoria empírica ao que denominou de critério de falsificabilidade ou critério de refutabilidade ou critério de testabilidade, no sentido de que somente quando o pesquisador consegue dizer de que modo a sua teoria pode ser refutada ou falsificada ele terá condições de afirmar que a sua teoria tem as características de uma teoria empírica. E acrescenta ainda o autor que somente quando os testes da teoria forem realmente rigorosos, isto é, resultarem de tentativas sérias de refutar a teoria, de tentar encontrar falhas, somente nesses casos as observações e experiências podem ser aceitas como apoio a essa teoria.⁴

Sem sombra de dúvidas, a participação dos órgãos de controle na elaboração do diagnóstico dos problemas da Administração Pública seria um teste bastante rigoroso para as premissas que, ao final, estão sendo adotadas e que atribuem aos órgãos de controle grande parcela de responsabilidade pela insegurança jurídica e pela ineficiência da Administração Pública. Lamentavelmente, não houve essa tão importante participação.

Isso significa que a sociedade não teve a oportunidade de testar as premissas, de ouvir os órgãos de controle, de conhecer os dados relativos ao desempenho desses órgãos, de saber quais as suas práticas atuais para promover a segurança jurídica e evitar o arbítrio. Nada disso foi perscrutado. As premissas dos autores do PL prevaleceram, sem controvérsias, de modo apodítico.

Mas, ainda que, por hipótese, e somente por hipótese, se admitissem como totalmente acertadas as premissas dos autores, ainda assim haveria a importante questão relativa às soluções propostas. E nesse ponto, uma vez mais, os órgãos de controle não foram chamados para dizer das suas percepções, dos riscos que vislumbram, das suas experiências sobre essas propostas, e de eventuais soluções alternativas que ofereçam menos riscos.

O PL 7448/2017 traz inúmeros comandos normativos que buscam exigir de quem tem o poder de decisão que avalie as consequências práticas de suas decisões. Referido projeto tem ainda outros dispositivos que defendem a busca de soluções consensuais e, no caso da

⁴ POPPER, Karl. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Lisboa. Edições 70. 1996, p. 116-117.

edição de atos normativos, precedida de ampla discussão com os interessados, por meio de consultas e audiências públicas.

No entanto, de modo surpreendente e, diria, até irônico para a situação, o PL 7448/2017, nem em sua fase embrionária, antes, portanto, de sua apresentação ao Senador Anastasia, nem depois no âmbito do Congresso Nacional, foi submetido à discussão com os órgãos de controle, que são os principais destinatários de norma e que, pelas suas vastas experiências, muito teriam a contribuir.

Isto significa que, contraditoriamente ao que defende, o PL 7448/2017 não foi submetido à discussão com os órgãos de controle, a fim de que, nos termos do que defende o próprio PL, fosse possível melhor avaliar as consequências práticas de sua aprovação (arts. 20, 21 e 22), assim como fosse possível a busca de soluções consensuais (arts. 23, 26 e 27, §2º) e também a realização de prévias discussões dos futuros atos normativos (art. 29).

Essa constatação permite concluir que o PL 7448/2017, no tocante à sua condução, seja na fase embrionária, seja no Congresso Nacional, não sobreviveria ao próprio PL 7448/2017, por ofensa aos arts. 20, 21, 22, 23, 26, 27, §2º e 29.

A alegação dos autores do PL 7448/2017 no sentido de que teria sim havido ampla discussão com “*economistas, juristas, administradores públicos e formadores de opinião dos mais variados matizes*” não é suficiente para afastar as conclusões acima apresentadas, pois os principais destinatários do referido PL não foram chamados a participar dessas discussões.

Aceitar o argumento dos autores do PL seria o mesmo que aceitar a ideia de que os cariocas, por exemplo, elaborem uma norma, mediante prévia e intensa discussão entre os próprios cariocas apenas, mas para ser aplicada aos paulistas. Pergunto: seria razoável entender que essa norma teria sido amplamente discutida?

Por essa razão, abordaremos mais adiante as soluções propostas, mas antes trataremos das premissas adotadas.

2) DA INSEGURANÇA JURÍDICA E DA INEFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM A CONSEQUENTE PARALISIA (APAGÃO DAS CANETAS)

Alegam os autores que o PL busca reduzir a insegurança jurídica e aumentar a eficiência da Administração Pública. É preciso saber, porém, se há a insegurança jurídica alegada e, se sim, em que intensidade. Se houver, é necessário perscrutar se as normas hoje em vigor já não oferecem as soluções para esses casos, restando, portanto, apenas a sua aplicação por quem as tiver desrespeitando. Por fim, é preciso avaliar se as soluções propostas pelo PL 7448/2017 são necessárias, adequadas e proporcionais em sentido estrito para resolver o problema ou se, ao contrário, acabarão por não apenas não resolver o problema como também por criar outros.

Sobre o assunto convém mencionar as conclusões apresentadas pelo TCU no Relatório de Políticas e Programas de Governo (RePP), aprovado por meio do Acórdão nº 2.127/2017 – Plenário, que foi desenvolvido em cumprimento ao disposto no art. 123 da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) 2018, que confere ao Tribunal de Contas da União (TCU) a responsabilidade por enviar à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO) do Congresso Nacional um quadro resumo relativo à qualidade da implementação e ao alcance de metas e objetivos dos programas e ações governamentais objeto de auditorias operacionais realizadas, para subsidiar a discussão do Projeto de Lei Orçamentária Anual.⁵

Citado Relatório de Políticas e Programas de Governo (RePP) apresenta como achado fundamental a existência de déficits institucionais de governança e de gestão da Administração Pública Federal que produzem ineficiências generalizadas no gasto público federal. As ineficiências apontadas no relatório implicam consideráveis desperdícios e desvios sistêmicos na aplicação dos recursos públicos federais. Com base na análise dos achados consolidados, concluiu-se que os referidos déficits institucionais, se não corrigidos, são capazes de perenizar a baixa eficácia dos bens e serviços públicos ofertados pelo Estado, que têm sido

⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Políticas e Programas de Governo 2017. Disponível em <www.tcu.gov.br>

percebidos pela sociedade, em regra, como inadequados e de pouca qualidade.⁶

No tocante aos problemas estruturantes na Administração Pública Federal, verificou-se a existência de falhas na estratégia do Estado, como ausência de plano de longo prazo, fragilidades do Plano Plurianual (PPA), ausência generalizada de planos estratégicos institucionais e falta de uniformidade e padronização dos planos nacionais setoriais, que dificultam o desenvolvimento sustentável de políticas e programas públicos e prejudicam a efetividade das ações governamentais.⁷

Além disso, o relatório afirma que a baixa capacidade do Estado em planejar e coordenar as diversas políticas públicas tem levado ao aumento do risco de desperdício de recursos, do comprometimento de resultados e da baixa qualidade dos serviços à população.⁸

Ademais, existem impropriedades na Governança Orçamentária do país que comprometem a alocação efetiva e eficiente do gasto público. Outra questão importante apontada foi a ineficiência dos mecanismos de monitoramento e avaliação governamental e gestão de riscos, que, respectivamente, dificultam o acompanhamento e aferição de resultados e impedem o alcance dos objetivos almejados.⁹

Um segundo achado do trabalho se refere à constatação de que problemas de gestão e governança do Centro de Governo refletem-se quase que simetricamente nas políticas e programas selecionados para análise do relatório e, em ambos os casos, não se tem logrado êxito em transformar de forma coerente, sustentável ou razoável os problemas nacionais relevantes.¹⁰

Como se vê, insegurança jurídica, ineficiência e paralisia são problemas cujas soluções, ao que tudo indica, estão dentro da própria Administração Pública e não nos órgãos de controle, nem muito menos no afastamento do controle ou no afrouxamento das regras de

⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Políticas e Programas de Governo 2017. Disponível em <www.tcu.gov.br>

⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Políticas e Programas de Governo 2017. Disponível em <www.tcu.gov.br>

⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Políticas e Programas de Governo 2017. Disponível em <www.tcu.gov.br>

⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Políticas e Programas de Governo 2017. Disponível em <www.tcu.gov.br>

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Políticas e Programas de Governo 2017. Disponível em <www.tcu.gov.br>

responsabilização de agentes públicos.

É sempre bom lembrar que o controle, especialmente quando atua de modo integrado, produz resultados expressivos, tanto no campo da eficiência quanto no do combate à corrupção. Exemplo disso foi a atuação do TCU em proximidade com o Ministério Público Federal, o que contribuiu substancialmente para que o *Parquet* Federal tivesse melhores condições de fazer as conexões entre as irregularidades verificadas nas obras da Petrobras e os crimes de lavagem de dinheiro investigados em Curitiba. A rota do dinheiro que saía dos cofres públicos, passava pelas empreiteiras e caía nos partidos políticos foi desvendada com a junção das investigações desses dois órgãos.

No tocante ao quase dogma (para alguns) de que qualquer tipo de paralisação de atividade ou programa de governo é sempre indesejada e serve apenas para atrapalhar a Administração e o mercado, convém lembrar que já em 2008 o TCU havia apontado indícios de fraudes na Petrobras. No ano seguinte, recomendou a paralisação das obras da Refinaria Abreu e Lima, em Pernambuco, e da Refinaria Presidente Getúlio Vargas, a Repar, no Paraná. Mas essa orientação foi vetada pelo Presidente da República sob o argumento de que havia apenas um desentendimento técnico entre TCU e Petrobras.

Com a continuação das obras, a Abreu e Lima causou prejuízos de 18 bilhões de dólares aos cofres da petroleira, devido à inviabilidade econômica do empreendimento. Prejuízos que foram acumulados também na Repar e no Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro, o Comperj, todos apontados nos relatórios do TCU que ajudaram na fundamentação das investigações da Lava Jato.

Ainda sobre a insegurança jurídica, a ineficiência e a paralisia da Administração Pública que o PL 7448/2017 busca combater por meio da alteração dos critérios de interpretação das normas, é interessante reproduzir o diagnóstico apresentado pela Confederação Nacional da Indústria – CNI - em publicação denominada “*Infraestrutura: o custo do atraso e as reformas necessárias*”, no qual se refere a pesquisa empírica conduzida por Flyvbjerg, no ano de 2009, e publicada pela Oxford Review of Economic Policy, com o título *Survival of the unfittest: why the worst infrastructure gets built: and what we can do about it*, em que foi analisada uma amostra internacional de projetos de infraestrutura que envolveu

258 projetos em 25 países na área de infraestrutura de transportes.¹¹

Referido estudo identificou diversos problemas de eficiência muito comuns à grande maioria dos países pesquisados que são os seguintes:¹²

- Falta de qualificação técnica e experiência das equipes envolvidas nos projetos;
- Viés otimista na fixação de prazos decorrente da desconsideração de dados da realidade;
- Viés político, do qual decorre a ausência de projetos ou a apresentação de projetos inconsistentes.

Na avaliação da Confederação Nacional da Indústria esse problemas são mais acentuados na realidade brasileira, marcada pela ausência de planejamento ou por planejamentos precários e projetos inconsistentes. Curiosamente, porém, a Confederação Nacional da Indústria, que é uma entidade representativa do empresariado nacional do setor industrial, nas suas propostas de melhorias do setor de infraestrutura, no que toca à atuação governamental não sustentou qualquer restrição à atuação do TCU nem propôs o afrouxamento das regras de responsabilização. Ao contrário, defendeu que para grandes projetos deveria haver auditoria prévia do TCU.¹³

No mesmo sentido do relatório da CNI foi a pesquisa realizada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, intitulada “*Contribuições para a governança da infraestrutura no Brasil*”, que, de igual modo, identificou graves falhas da Administração Pública relativas ao planejamento, boa governança e controle, mas que, em momento algum, atribui ao TCU a responsabilidade por isso nem mesmo teceu qualquer comentário no sentido de que o Tribunal, de igual modo, estaria contribuindo para essa ineficiência. As propostas do INSPER foram noutro sentido, com vistas ao aprimoramento da qualidade da própria gestão.¹⁴

¹¹ Confederação Nacional da Indústria: Infraestrutura: o custo do atraso e as reformas necessárias. Disponível em <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/proposta-da-industria-para-o-governo/infraestrutura/>>

¹² Confederação Nacional da Indústria: Infraestrutura: o custo do atraso e as reformas necessárias, p. 119-123. Disponível em <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/proposta-da-industria-para-o-governo/infraestrutura/>>

¹³ Confederação Nacional da Indústria: Infraestrutura: o custo do atraso e as reformas necessárias, p. 123. Disponível em <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/proposta-da-industria-para-o-governo/infraestrutura/>>

¹⁴ Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2016/09/Contribuicoes-para-governanca-infraestrutura-Brasil.pdf>>

Interessante notar que a prática de atribuir responsabilidades ao TCU por ineficiências e disfuncionalidades da própria Administração Pública não é nova. No ano de 2009, em face das constantes críticas divulgadas pela imprensa sobre a atuação do TCU, o Ministro José Jorge, atualmente aposentado, afirmou que ficaria mais preocupado se os órgãos do governo ficassem felizes com o controle feito pelo Tribunal, e esclareceu:¹⁵

As principais razões que levam o TCU a propor a paralisação das obras ou a retenção de pagamentos são sobrepreço, superfaturamento e irregularidades nas licitações. Ou seja, tais medidas apenas se fazem necessárias em face da falta de planejamento da Administração, deficiência ou inexistência de projetos básicos e carência de capacitação dos gestores públicos.¹⁶

Sobre as declarações de que o TCU estaria paralisando o PAC (Programa de Aceleração do Crescimento), o Ministro José Jorge lembrou que das 2.446 obras em execução pelo programa, cinco obtiveram deliberação do Tribunal pela paralisação, ou seja, apenas 0,2%, e apresentou a seguinte conclusão: *“Observamos, assim, que não cabe ao TCU a responsabilidade pela inexecução dos projetos do PAC”*.¹⁷

Não há dúvida de que os órgãos de controle evitam que tanto o agente público quanto a iniciativa privada se acomodem em uma zona de conforto. E isso não deve ser entendido como algo ruim. Uma certa dose de preocupação de todos com o acerto de seus atos revela nada mais nada menos do que a deferência esperada de todos para com os valores maiores estampados na nossa Constituição Federal. Desta circunstância, porém, não nos parece acertado concluir que os órgãos de controle são os responsáveis para insegurança jurídica, ineficiência e paralisia da Administração Pública.

Portanto, como se vê, as premissas adotadas pelos autores do PL 7448/2017, no sentido de que a insegurança jurídica, a ineficiência e a paralisia (apagão das canetas) decorrem em grande medida da atuação dos órgãos de controle não retrata a realidade revelada pelos inúmeros trabalhos do TCU sobre o desempenho da Administração Pública, assim como não

¹⁵ Disponível em: < <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/ministro-defende-atuacao-do-tcu-na-fiscalizacao-de-obras.htm>>

¹⁶ Disponível em: < <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/ministro-defende-atuacao-do-tcu-na-fiscalizacao-de-obras.htm>>

¹⁷ Disponível em: < <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/ministro-defende-atuacao-do-tcu-na-fiscalizacao-de-obras.htm>>

recebe o apoio do empresariado nem de instituições conceituadas de pesquisa, a exemplo do INSPER.

3) PARECER SOBRE ALGUNS ARTIGOS DO PL 7448/2017, EM FACE DO PARECER-RESPOSTA DOS AUTORES DO PL E DE OUTROS JURISTAS

***Art. 1º** O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos:*

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

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

Comentário da Conjur/TCU feito na análise preliminar entregue ao Presidente da República:

O julgador decide com base nos elementos dos autos, nos termos do brocardo jurídico segundo o qual o que não está nos autos não está no mundo. Portanto, não pode a norma exigir do julgador que analise as possíveis alternativas, se o conhecimento do julgador acerca da realidade está limitado ao que consta dos autos, trazido pelas partes. Mesmo no caso dos órgãos administrativos judicantes, como é o caso dos Tribunais de Contas, que agem de ofício, não se pode exigir que conheçam a realidade de cada órgão e entidade pública por completo.

Desse modo, essa parte do parágrafo único deste artigo ensejaria discussões infundáveis que fragilizariam as decisões em grau de recurso, pois está a exigir ampla análise de uma realidade que só quem conhece em detalhes é o próprio administrador público, cabendo, portanto, a ele levar ao conhecimento do julgador os fatos que entender relevantes de serem considerados quando da decisão sobre o mérito da questão. Não pode a norma exigir que o julgador decida com base em informações que não constam dos autos e que deveriam ter sido

prestadas pelas partes e não pelo julgador.

Além disso, esse dispositivo inverte o ônus da prova, que originariamente é do administrador público, em decorrência do disposto no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, segundo o qual *“Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”*. Isso porque o dever de demonstrar as alternativas possíveis é do agente público que pratica o ato posteriormente invalidado. E o administrador deve cumprir esse dever antes da prática do ato, exatamente para se certificar de que, analisadas as “possíveis alternativas”, ele faz a melhor escolha.

Portanto, trata-se de dispositivo inconstitucional por ofensa ao parágrafo único do art. 70.

Parecer-resposta dos defensores do PL:

Alegam, em síntese, que *“As críticas são improcedentes. O dispositivo não exige conhecimento extra processual do julgador, mas sim que concretize sua função pública com responsabilidade. Veda, assim, motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos. Obriga o julgador a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão”*.

Parecer da Conjur/TCU:

A mera leitura do referido art. 20 conduz à conclusão diversa da sustentada pelos autores do PL segundo os quais o dispositivo não estaria exigindo conhecimento extraprocessual. O aludido artigo não diz *“inclusive em face das possíveis alternativas constantes dos autos do processo”*. O dispositivo diz apenas e tão-somente o seguinte: *“inclusive em face das possíveis alternativas”*. A afirmação dos autores, portanto, não corresponde ao que consta do citado artigo.

No tocante à assertiva de que o dispositivo exige do julgador que “concretize sua função pública com responsabilidade” e veda, assim, “motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos”, trata-se de preocupação já devidamente atendida pelo Novo Código de Processo Civil que, em seu art. 489, §§ 1º a 3º, diz o seguinte:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Referida preocupação também está atendida pela Lei n. 9.784/99, cujo art. 2º, *caput* e parágrafo único, assim estabelece:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou

- parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
- III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
- IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
- VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
- VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
- VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;
- IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;
- X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;
- XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;
- XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;
- XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Repare-se que, nos termos do art. 69 da Lei n. 9.784/99¹⁸ assim como do art. 15 do novo CPC¹⁹ e ainda do art. 298 do Regimento Interno do TCU²⁰ como também da Súmula 103 da Corte de Contas²¹, tanto a referida Lei n. 9.784/99 quanto o CPC se aplicam subsidiariamente aos processos do TCU, conforme, aliás, tem decidido o STF em diversas

¹⁸ Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

¹⁹ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

²⁰ Art. 298. Aplicam-se subsidiariamente no Tribunal as disposições das normas processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a Lei Orgânica.

²¹ Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil.

oportunidades, de que são exemplos os MS 23.550, rel. Min. Sepúlveda Pertence²², e MS 29.137, rel. Min. Cármen Lúcia²³.

A diferença, no entanto, entre a proposta do PL 7448/2017 e o que atualmente já nos oferecem as mencionadas leis reside na desproporcional ênfase dada às consequências práticas e, pior, com ônus sobre o julgador acerca de informações que não constam dos autos do processo, o que, como se disse antes, inverte o ônus da prova que compete ao gestor, em virtude do seu dever constitucional de prestar contas, *ex vi* do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal.

Veja-se que tanto o CPC quanto a Lei n. 9.784/99 já trazem essa preocupação com a segurança jurídica e com a fundamentação das decisões, mas em momento algum estabelecem essa inversão do ônus nem impõem ao julgador deveres que são próprios do administrador.

Sobre esse art. 20, convém mencionar também a percutiente observação feita pelo *Professor Adjunto e Coordenador Adjunto do Mestrado da FGV Direito Rio, Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, CAU, Alemanha, e Doutor e mestre em Direito Público pela UERJ* Fernando Leal, no seguinte sentido:

Trabalhar com consequências em processos de tomada de decisão jurídica envolve dois tipos distintos de incerteza. O primeiro se localiza na dimensão positiva ou descritiva do raciocínio. Em tese, o que o PL sugere é que tomadores de decisão devem ser capazes de antecipar os efeitos futuros de alternativas de decisão. A questão aqui é como controlar essas prognoses. Como torná-las confiáveis, e não produtos de especulações intuitivas sobre o futuro?

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança nº 23.550. Rel. para o Acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 04/04/2001. DJ de 31/10/2001. No que interessa, e ementa ficou assim redigida: "(...) de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente".

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Mandado de Segurança nº 29.137. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgado em 18/12/2012. DJe de 28/02/2013. No voto a relatora fez a seguinte afirmação: "O indeferimento da produção de provas reputadas impertinentes ou desnecessárias, quando devidamente fundamentado, não consubstancia cerceamento de defesa e respalda-se no § 2º do art. 38 da Lei n. 9.784/1999 e no art. 130 do Código de Processo Civil, aplicáveis, subsidiariamente, aos processos em curso no Tribunal de Contas da União".

O segundo tipo de incerteza diz respeito à dimensão normativa do raciocínio. Uma vez identificadas as consequências vinculadas a cada alternativa decisória, o tomador de decisão deve indicar um critério com base no qual ordenará as consequências para, só então, justificar a sua preferência por determinado curso de ação. No caso do artigo 20, não está claro se esse critério de valoração é o princípio vago que o decisor pretende adotar ou algum outro, como segurança jurídica, igualdade ou eficiência. E, não estando claro o critério de valoração, o problema é que o tomador de decisão segue livre para ranquear as consequências à sua maneira. Além disso, ainda que os critérios de valoração estejam fixados na lei (esses poderiam ser os casos de “proporcionalidade” e “interesses gerais” quando olhamos para o art. 26), como são termos vagos, nada impede que a indeterminação das suas prescrições reabra exatamente os problemas com os quais o PL pretende, no fundo, lidar. Finalmente, o projeto de lei não apresenta qualquer proposta para domesticar as incertezas que possam eclodir quando diferentes critérios de valoração de estados do mundo podem sustentar decisões opostas para o mesmo caso.²⁴

Por esses fundamentos, esta Consultoria Jurídica reitera sua posição anterior no sentido de que entende ser inconstitucional o art. 20 do PL 7448/2017 por ofensa ao parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

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 expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Comentário da Conjur/TCU feito na análise preliminar entregue ao Presidente da República:

A norma exige o mais absoluto exercício de futurologia por parte do julgador que passa a ter ônus que não é dele, mas sim do administrador, qual seja, o de levar para os autos as informações relevantes quanto a eventuais consequências indesejáveis de eventual decisão desfavorável.

Aliás, deve mais. Deve o administrador, antes da própria prática do ato,

²⁴ Disponível em < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-leal/considerar-as-consequencias-das-decisoes-resolve-uma-analise-critica-do-pl-34915>>

demonstrar a motivação para a sua prática, o que inclui demonstrar a necessidade do ato para a Administração Pública e para os cidadãos e a sua adequação à ordem jurídica.

E, caso questionado o ato por órgão de controle, compete ao administrador, no momento em que, em virtude do direito ao contraditório, tiver a oportunidade de se manifestar no processo, demonstrar as consequências jurídicas e administrativas que poderiam advir de eventual invalidação desse ato.

O novo Código de Processo Civil dedicou especial atenção a essa circunstância, ao dispor, no art. 6º, que *“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”*. Trata-se de dever do administrador, portanto, cooperar com o órgão de controle, levando ao seu conhecimento eventuais consequências indesejadas que decorreriam da invalidação do ato.

O dispositivo, da forma como está neste PL, inverte, mais uma vez o ônus que é do administrador e o transfere ao órgão de controle. Deixa o administrador na cômoda e ilegítima posição inerte, silenciosa, e ainda lhe faculta alegar, posteriormente, a nulidade da decisão do órgão de controle, acaso não esgote a análise de todas as consequências jurídicas e administrativas possíveis, em verdadeiro e flagrante exercício de futurologia, que compromete o princípio da segurança jurídica e revela descompasso com a razoabilidade e a proporcionalidade que devem permear os comandos normativos.

Parecer-resposta dos defensores do PL:

Afirmam os autores do PL que as *“consequências jurídicas e administrativas”* a que se referem o art. 21 *“diferentemente do que parece supor o TCU, são atinentes aos direitos e fatos atrelados ao processo, ou seja, relativos a elementos trazidos aos autos pelas partes”*. Dizem também que o *“dispositivo em questão apenas exige o exercício responsável da função judicante do agente estatal”*.

Análise da Conjur/TCU:

Mais uma vez, a afirmação dos autores não corresponde ao texto expresso no

art. 21 que, de modo amplo e genérico, impõe ao julgador o dever de indicar as consequências jurídicas e administrativas de sua decisão. Nada diz sobre a alegada restrição invocada pelos autores, no sentido de que o exame a ser feito pelo julgador acerca dessas consequências seria limitado ao que consta dos autos do processo.

Quanto à alegação de que o *“dispositivo em questão apenas exige o exercício responsável da função julgante do agente estatal”*, aplica-se aqui tudo o que esta Consultoria Jurídica afirmou acerca do art. 20, no que concerne à incidência nos processos do TCU tanto da Lei n. 9;784/99 quanto do novo CPC, por serem normas que, com muito mais precisão, definiram regras e princípios a serem observados pelo julgador, inclusive no tocante à segurança jurídica, diferentemente, portanto, do que consta do PL 7448/2017.

Por fim, os exemplos citados pelos autores não fortalecem a argumentação que apresentaram. Explica-se: os autores citaram três exemplos abaixo mencionados e também analisados individualizadamente:

- Primeiro exemplo: decisões do TCU que explicitaram os efeitos da declaração de inidoneidade como supostos exemplos de decisões do Tribunal que teriam apontado de modo expresso as suas consequências;

É preciso fazer uma importante distinção: de um lado, a definição dos limites objetivos e subjetivos de um julgamento assim como seus efeitos no tempo; de outro, a expressão aberta e altamente subjetiva usada no art. 21 quando se refere a *“consequências jurídicas e administrativas”*.

Ora, os limites objetivos e subjetivos de um julgamento assim como seus efeitos no tempo são definidos pela própria legislação ou pela teoria do direito, de acordo com a natureza jurídica da decisão. Essa realidade, por si só, seria suficiente para demonstrar a desnecessidade do art. 21, tendo em vista a existência de normas atualmente em vigor que, de modo suficiente, já disciplinam essa matéria.

Mas, ainda que se entenda, por hipótese, que esses limites objetivos e subjetivos do julgamento assim como seus efeitos no tempo possam ser compreendidos como *“consequências jurídicas e administrativas”* da decisão, é difícil deixar de reconhecer que essa expressão *“consequências jurídicas e administrativas”* comporta abertura semântica muito

maior. E essa abertura textual, além de ser desnecessária para promover segurança jurídica, é perigosa, na medida em que cria uma possibilidade normativa de infundáveis discussões judiciais acerca de seu alcance e sobre tais e quais dessas “*consequências jurídicas e administrativas*” não teriam sido observadas pelo julgador.

- Segundo exemplo: o segundo exemplo convém que seja reproduzido nas próprias palavras dos autores, “*À luz da disciplina trazida pelo projeto, a autoridade pública julgadora que determinar a invalidação deverá igualmente definir se o **ordenamento jurídico garante ou não** a preservação de alguns dos efeitos do contrato, como, por exemplo, se os terceiros de boa-fé impactados terão seus direitos garantidos*”; [grifos nossos]

É de se notar que o exemplo, por si só, revela a desnecessidade do art. 21, pois se “*o ordenamento jurídico garante ou não a preservação de alguns efeitos do contrato, como, por exemplo*” em relação a terceiros de boa-fé, isso significa que a decisão não poderá inovar nem contrariar o que já está, desde logo, definido pelo próprio ordenamento jurídico, como, de fato, o é. Portanto, mais uma vez, o uso da expressão “*consequências jurídicas e administrativas*” ofecere uma abertura textual desnecessária para produzir segurança jurídica e ainda oferece o risco inverso, pois com tal abertura textual haverá margem para toda ordem de discussão, o que militará contra a segurança jurídica e contra a duração razoável do processo.

- Terceiro exemplo: o terceiro exemplo também merece ser reproduzido nas próprias palavras dos autores: “*Deverá, ainda, decidir se é ou não o caso de pagamento de indenização ao particular que já executou as prestações, conforme disciplinado pelo artigo 59 da Lei nº 8.666/933*”.

Aplica-se a esse terceiro exemplo o que se afirmou sobre os dois anteriores. Nesse caso, aliás, é tão ou mais evidente a desnecessidade do art. 21, pois a indenização ao particular já está suficientemente disciplinada pelo art. 59 da Lei nº 8.666/93, conforme bem anotaram os autores do PL 7448/2017, o que, inequivocamente, revela a desnecessidade do aludido artigo que, se aprovado, poderá, ao contrário do alegado, produzir mais insegurança jurídica.

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.

Comentário da Conjur/TCU feito na análise preliminar entregue ao Presidente da República:

A proposta promove a interpretação casuística, pois, segundo a proposta, o alcance e os limites da norma devem ser definidos em cada caso e de acordo com “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”. No caso da LRF, por exemplo, ou da Lei de Licitações, a aplicação da proposta deste artigo promoverá flexibilização casuística, sem amparo no direito.

Parecer-resposta dos defensores do PL:

Defendem os autores do PL que a crítica do TCU é infundada e incompatível com a postura do próprio Tribunal, pois os autores esclarecem que o dispositivo questionado assume uma premissa e cria três condicionantes a qualquer julgador.

Nas palavras dos autores:

a premissa é a de que as decisões na gestão pública não são tomadas em um mundo abstrato de sonhos, mas de forma concreta, para resolver problemas e necessidades reais. Mais do que isso, a norma em questão reconhece que os diversos órgãos de cada ente da Federação possuem realidades próprias que não podem ser ignoradas. A realidade de gestor da União evidentemente é distinta da realidade de gestor em um pequeno e remoto município. A gestão pública envolve especificidades que têm de ser consideradas pelo julgador para a produção de decisões justas, corretas. [grifos nossos]

Ainda segundo os autores, “*as condicionantes envolvem considerar (i) os obstáculos e a realidade fática do gestor, (ii) as políticas públicas acaso existentes e (iii) o direito dos administrados envolvidos*”.

Alegam também os autores do PL que:

Não são raros os casos em que o TCU interpreta normas sobre gestão pública considerando obstáculos e dificuldades reais do gestor e exigências de política públicas a seus cargos. Foi o que fez, por exemplo, ao deixar de aplicar sanção a gestor de universidade pública por entender que agiu com base em orientações de área técnica (Acórdão 1881/2011);

ao deixar de aplicar sanção por entender que a decisão fora tomada com respaldo doutrinário (Acórdão 2737/2016); e ao considerar que parecerista jurídico não comete erro inescusável e não incorre em culpa em sentido amplo se emitir opinião amparada em doutrina minoritária (Acórdão 1591/2011).

Concluem os autores com a seguinte assertiva:

Parece-nos pouco coerente dizer que haveria casuística no dever de adequação da interpretação normativa aos direitos dos administrados e às políticas públicas. Comandos normativos não podem ser ignorados pelos julgadores, seja da LRF ou da legislação de licitação e contratos. Isso significa que o dispositivo criticado pela Corte demanda, em verdade, que se proceda a uma espécie de interpretação sistemática do direito, ou seja, uma interpretação que integre o ordenamento normativo como um todo.

Parecer da Conjur/TCU:

É de se destacar que os autores, neste ponto, analisaram de modo conjunto o *caput* do art. 22 e seu §1º. Não procederemos desta forma, pois o *caput* trata da interpretação das normas ao passo que o §1º cuida do julgamento de casos concretos, relativos à regularidade da conduta humana (se certa ou errada, se reprovável ou não) e relativos à validade de atos, contratos, ajustes, normas e procedimentos.

Ou seja, o *caput* desse art. 22 refere-se, por exemplo, à interpretação dos artigos da Lei de Responsabilidade Fiscal concernentes ao conceito de “*despesas de pessoal*” e de “*operações de crédito*” (este último, é bom lembrar, foi o fundamento para que o TCU concluísse pela prática das pedaladas fiscais, no ano eleitoral de 2014) que, segundo a proposta desse art. 22, teriam de ser construídos considerando-se “*os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo*”.

O §1º, a seu turno, refere-se ao julgamento sobre a conduta do gestor (se deve ou não ser punido, por exemplo) e à validade de um contrato (por exemplo, de obra pública ou de concessão de rodovia).

Por essa razão, neste momento, a análise a ser procedida será relativamente ao *caput* do art. 22, apenas. No próximo item, analisaremos o seu §1º.

Nessa linha, a proposta contida no *caput* do art. 22, no sentido de exigir que na “*interpretação de normas sobre gestão pública*” sejam “*considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo*” não encontra amparo nem no ordenamento jurídico infralegal, nem na Constituição, nem na jurisprudência, seja do STF ou do STJ, razão pela qual reiteramos nossa posição anterior, na linha de que referido dispositivo abre perigosa margem para a interpretação casuística.

No nosso entender, o art. 22, no campo, por exemplo, da gestão fiscal, agravaria ainda mais a caótica situação fiscal de diversos Estados e Municípios brasileiros cujos gestores, com as atuais regras, já foram capazes de deteriorar ao extremo a higidez das finanças públicas, com drásticas repercussões nos direitos fundamentais dos cidadãos, face a precariedade dos serviços públicos prestados, e dos próprios servidores públicos que, em alguns Estados da Federação, estão com o pagamento de seus salários em atraso por diversos meses.

É bem verdade que, atualmente, a LINDB determina no seu art. 5º que “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”* (grifos nossos).

Há, no entanto, uma profunda diferença entre os “*fins sociais*” e as “*exigências do bem comum*” a que se refere o citado art. 5º da LINDB, de um lado, e a proposta contida nesse art. 22 do PL 7448/2017 que menciona “*os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo*”.

É de se observar que a redação do art. 5º da LINDB é, em certa medida, bem parecida com a primeira parte da redação do art. 8º do novo Código de Processo Civil, com o seguinte teor: “*Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência*”.

Não obstante a ausência de uma definição legal do que exatamente signifique “*fins sociais*” e “*bem comum*”,²⁵ é extrema de dúvidas que sua interpretação deve ser realizada na perspectiva constitucional, pois, conforme bem anotado por Luís Roberto Barroso, a

²⁵ Confira acerca da incerteza desses conceitos a observação de Humberto Theodoro Júnior (in: *Curso de direito processual civil*. Volume I. 58 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 89-90).

Constituição passou a exercer papel de extrema importância na interpretação da legislação infraconstitucional de todos os ramos do direito, no sentido de que as normas do ordenamento jurídico devem ser lidas sob a ótica da Constituição, razão pela qual sustenta que *“toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional”*.²⁶

Nessa linha, o art. 1º da Constituição Federal fornece denso indicativo do que sejam fins sociais e bem comum, ao dispor que são fundamentos da República brasileira: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e V - o pluralismo político.

Em igual sentido, é de se mencionar o art. 3º da Constituição Federal que estabelece serem objetivos fundamentais da República brasileira: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em acréscimo, pode-se citar o extenso rol de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal que, de igual modo, visa fins sociais e busca promover o bem comum.

Como se vê, o atual art. 5º da LINDB nada tem a ver com o teor da proposta desse art. 22 que, de maneira absolutamente diferente do art. 5º da LINDB, ao exigir que na *“interpretação de normas sobre gestão pública”* sejam *“considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”*, distancia-se da Constituição Federal e cria abertura perigosa para interpretações casuísticas e discussões intermináveis no Poder Judiciário.

Mais que isso, esse art. 22 afasta-se das características do sistema jurídico brasileiro e promove uma extremada imersão no sistema da *common law*, o que nos parece absolutamente inapropriado para o sistema jurídico brasileiro e ainda em desconformidade com os propósitos declarados na Constituição Federal, marcadamente programática e comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007, p. 226-227.

É bem verdade que o sistema jurídico brasileiro tem, paulatinamente, incorporado alguns institutos próprios da *common law*, presentes no direito anglo-saxão, como, por exemplo, as súmulas vinculantes. Esse movimento, porém, não significa o completo abandono de nossa tradição romano-germânica, centrada na *civil law*, mas apenas decorre de uma tendência atual à aproximação entre esses dois sistemas, por meio da assimilação, por uns e outros, de algumas características do sistema alheio, como forma de aperfeiçoamento do próprio sistema, mas sem a sua desnaturação, muito menos o seu abandono. Ou seja, as diferenças entre esses dois sistemas são, hoje, bem menores do que em tempos passados.

A proposta contida no *caput* desse art. 22, no entanto, para muito além de mera aproximação com o sistema da *common Law*, promove uma radical guinada no sistema jurídico brasileiro e adota, em versão extremada, a corrente de pensamento denominada realismo jurídico que, conforme registra Norberto Bobbio, teve como seu principal idealizador Oliver Holmes, que foi juiz da Suprema Corte norte-americana entre 1902 a 1932. Referida corrente de pensamento, nas palavras de Bobbio, “*vê o direito não como dever ser mas como é*”.²⁷

O realismo jurídico, porém, não é compatível com a Constituição Federal brasileira.

Assim se afirma porque, na dicção de Ricardo Lobo Torres, a Constituição de 1988 é de cunho fortemente social, tendo para tanto sofrido as influências da doutrina alemã relativa aos direitos sociais e da doutrina de Canotilho sobre Constituição dirigente. O pensamento social-democrata prevaiente na Alemanha nas décadas de 50 a 70 foi encampado por Canotilho na interpretação da Constituição portuguesa de 1976, que a partir de então lançou a ideia da Constituição dirigente, posteriormente amplamente prestigiada pela doutrina brasileira e incorporada à Constituição Federal de 1988.²⁸

Segundo Canotilho, a Constituição dirigente preocupa-se com “o que deve (e pode) uma Constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições

²⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 5. ed. São Paulo: Edipro, 2012, p. 64-67.

²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008, p. 70-71.

constitucionais”.²⁹

Significa dizer, portanto, que a centralidade dos direitos fundamentais, consagrada pela Constituição Federal, deve sempre ser prestigiada e servir de parâmetro de interpretação das normas sob pena de se fragilizar a efetivação desses mesmos direitos fundamentais ao argumento genérico de que os obstáculos e dificuldades dos gestores impediram a sua concretização.

Entre os direitos fundamentais encontra-se, segundo Juarez Freitas, o direito fundamental à boa administração que entende ser o "*direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas*".³⁰ [grifos nossos]

O direito fundamental à boa administração, na dicção do autor, é o somatório de direitos subjetivos públicos que abrangem o direito à administração pública transparente, dialógica – o que implica respeitar o devido processo legal -, imparcial, proba, respeitadora da legalidade temperada e sem absolutização irrefletida das regras, eficiente, eficaz, econômica e teleologicamente responsável.³¹

Por essas razões, defende Juarez Freitas que "*a boa interpretação sistemática do Direito Administrativo concretiza, ao máximo, o direito fundamental à boa administração pública*".³²

Ora, a proposta do art. 22 subverte essa lógica, condicionando a interpretação de normas de direitos fundamentais a circunstâncias absolutamente casuísticas que, em muito, se afastam do rigor metodológico de aplicação do princípio da proporcionalidade e de suas máximas ou testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, tão bem

²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 11.

³⁰ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

³¹ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20-21.

³² FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 252.

delineados por Robert Alexy³³, pois dá margens à criação de válvulas de escape para a interpretação criativa e casuísta e particulariza, ao extremo, e em favor de cada gestor individualizadamente considerado, o exame das possibilidades fáticas de concretização de políticas públicas, em detrimento de uma análise sistêmica e estrutural.

Não quer isso dizer que estejamos a defender a desconsideração da realidade, mas não se pode condicionar a efetização de direitos fundamentais e os respectivos princípios a eles umbilicalmente relacionados que, segundo Alexy, são mandados de otimização³⁴, com circunstâncias absolutamente particulares. Circunstâncias particulares podem e devem ser consideradas na avaliação da conduta do gestor, para fins de responsabilização ou não, quando, então, poderão ser reconhecidas exculpantes que o eximem de uma sanção, como, aliás, acertadamente prevê a primeira parte do §1º desse mesmo art. 22, mas não podem ser consideradas para fins de interpretação das normas.

Portanto, conforme se afirmou acima, não se defende aqui a letra fria da lei ou a aplicação cega do princípio da legalidade. O TCU, de há muito, compreende o moderno significado do princípio da legalidade que, segundo Paulo Otero, abandonou a clássica concepção da vinculação da Administração Pública à legalidade e passou a sustentar a sua vinculação à juridicidade, cujo conceito alcança não apenas a própria legalidade, mas todo o ordenamento jurídico, a partir das regras e dos princípios estampados na Constituição.³⁵

De igual modo, o TCU não vira as costas para a realidade econômica retratada metaforicamente em uma frase muito usada na cultura norte-americana e que foi amplamente popularizada pelo economista americano Milton Friedman, prêmio Nobel de economia de 1976, ao usá-la como título de um de seus livros, no sentido de que “*não existe almoço grátis*”.³⁶

E, em igual toada, a Corte de Contas, no exercício do controle externo, reconhece a procedência da observação feita por Stephen Holmes e Cass Sunstein, no sentido

³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 116-120.

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 90

³⁵ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 198.

³⁶ Cf. FRIEDMAN, Milton. *There's no such thing as a free lunch*. Open Court Publishing Company, 1975.

de que a concretização de direitos fundamentais implica ônus financeiro aos cofres públicos, decorrente tanto da realização de despesa pública quanto da renúncia de receitas, ainda quando se trate dos direitos fundamentais considerados pela doutrina como negativos.³⁷

Portanto, não é da prática do TCU exigir o impossível do administrador público, o que, aí sim, revelaria uma inadmissível desconsideração da realidade. No entanto, circunstâncias particularizadas, embora possam ser consideradas para fins de isenção de responsabilidade, não podem ser instrumento de interpretação das normas, principalmente as que envolvem a efetivação de direitos fundamentais.

Interessante e consistente análise sobre esse art. 22 foi apresentada pela Prof^a. Dr^a. Irene Nohara, Livre-Docente na área de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no seguinte sentido:

Os elaboradores do texto normativo chamam essa exigência de primado da realidade. Todavia, podem existir vários olhares sobre essa previsão, por exemplo: (a) desnecessária, pois já deveria estar pressuposta na interpretação jurídica feita na área da gestão, que não pode se estabelecer sem que se considere a realidade; (b) ineficaz, porque podem existir interpretações variáveis e que não deixam de ser especulativas, abstratas, portanto, sobre quais seriam os obstáculos e dificuldades; e, por fim, (c) perigosa: se for utilizada como uma brecha capciosa para se alegar que, por exemplo, como a realidade não nos permitiu cumprir adequadamente as exigências legais, então, podemos nos eximir de garantir direitos...

Isso ocorre principalmente porque o parágrafo único do art. 2º do projeto determina que: “na decisão sobre a regularidade de comportamento ou validade de ato, contrato, ajuste ou norma administrativa, serão levadas em conta as circunstâncias práticas que tiverem imposto, limitado ou condicionado a ação dos agentes”.

Aqui é interessante que essa determinação normativa não seja utilizada, portanto, como um pretexto para o argumento no sentido de que a realidade vence o direito... ou seja, que se as circunstâncias de cumprimento da lei forem muito penosas, vamos questionar tal requisito, ou pior, negociar o seu cumprimento por um regime de transição, conforme será visto na sequência...

Uma alegação dos elaboradores do projeto foi no sentido da necessidade de se estreitar o contato dos órgãos fiscalizadores com os

³⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company. 1999, p. 14.

órgãos fiscalizados... Mas isso já era uma tendência dos Tribunais de Contas, no sentido de intensificar um monitoramento preventivo e concomitante, baseado na orientação também, ou seja, de uma fiscalização não apenas punitiva, mas também ponderada em função das dificuldades práticas existentes.³⁸

Como se vê, não se advoga, nesta análise, a interpretação puramente formal ou mecanicista. Admite-se, como o fez, Juarez Freitas e também o faz a doutrina majoritária, assim como a jurisprudência tanto do STF quanto do próprio TCU (conforme aliás, no caso do TCU, tem sido reconhecido pelos autores do PL, tanto no parecer-resposta quanto em artigos e entrevistas), que uma certa dose de consequencialismo é, em certas circunstâncias, recomendada.

A crítica aqui é outra. Não se trata de oposição a certa medida de consequencialismo, em casos que assim se requeira, mas sim de uma crítica à textura aberta do *caput* do art. 22 que, exatamente por essa razão, poderá conduzir ao realismo jurídico e ao casuísmo, conforme demonstrado acima e no mesmo sentido da preocupação externada por Lênio Streck no sentido de que, no Brasil, basta uma pequena vagueza ou ambiguidade ou cláusula aberta para que o intérprete se valha da sua subjetividade e se distancie do texto normativo.³⁹

Importante esclarecer que, não obstante se admita o uso do consequencialismo, como bem ficou ressaltado acima, seu uso deve ocorrer apenas em alguns casos, quando, de fato, for necessário. Sobre o assunto, a citada Prof^a. Dr^a. Irene Nohara se reporta a um brilhante exemplo de Michael Sandel que, por si só, bem explica a questão:

Michael Sandel, numa dessas aulas magistrais da Harvard disseminada no portal Veduca, bem enfatiza o desafio do uso ora de um juízo baseado nos efeitos, isto é, nas consequências, ora de um juízo que tenha freios valorativos, éticos, e não há “bitola” que seja infalível para produzir uma decisão justa sem que se verifique o caso concreto.

Ele fornece um exemplo em que um trem está desgovernado e se o maquinista não puxar uma alavanca, irá inevitavelmente provocar a morte de cinco pessoas que trabalham nos trilhos, por outro lado, ao puxar a alavanca, haverá a colisão do trem com uma pessoa só. Assim, os

³⁸ Disponível em: < <http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 43.

alunos concordam que se puxe a alavanca e que se mate um só homem, pois, no critério escolhido: é melhor matar um do que matar cinco.

Daí, ele traz outra situação (outro contexto): uma pessoa está com problemas de saúde e cinco homens precisam de transplante de órgãos, será que seria melhor matar um do que deixar cinco morrerem, se for para usar o mesmo critério em outro contexto?

O que ele sugere com esses exemplos pitorescos é que não se pode simplesmente congelar os critérios para resolução de problemas quando os casos apresentam peculiaridades distintas. Os critérios tópicos não funcionam da mesma maneira em todos os contextos. Ora será melhor decidir em função dos efeitos, ora a decisão deve barrar imediatamente determinada conduta, independentemente e principalmente pelos efeitos, ou seja, a justiça da decisão ora deve focar nos resultados, a depender das particularidades concretas, ora nos limites éticos, pois há dimensões valorativas que são óbices à utilização irrestrita de critérios adequados a situações diferentes.⁴⁰

Por fim, é relevante fazer um registro em relação à afirmação dos autores do PL 7448/2017 no sentido de que *“Não são raros os casos em que o TCU interpreta normas sobre gestão pública considerando obstáculos e dificuldades reais do gestor e exigências de política públicas a seus cargos”*. Na sequência, os autores mencionam três precedentes do TCU que, segundo eles, confirmariam as suas afirmações. Os mencionado precedentes, nas palavras dos autores do PL 7448/2017, foram assim descritos (com grifos nossos):

Foi o que fez, por exemplo, ao deixar de aplicar sanção a gestor de universidade pública por entender que agiu com base em orientações de área técnica (Acórdão 1881/2011); ao deixar de aplicar sanção por entender que a decisão fora tomada com respaldo doutrinário (Acórdão 2737/2016); e ao considerar que parecerista jurídico não comete erro inescusável e não incorre em culpa em sentido amplo se emitir opinião amparada em doutrina minoritária (Acórdão 1591/2011).

Como se vê da leitura desses precedentes, contrariamente ao que alegado pelos autores do PL 7448/2017, nenhum deles diz respeito a interpretação de norma, mas sim a juízos valorativos sobre condutas, para fins de responsabilização ou isenção de responsabilidade e, quanto a esse aspecto, ou seja, juízos acerca de condutas para fins de responsabilização ou não, é acertado exigir do TCU que considere, caso a caso, as circunstâncias nas quais o agente público praticou o ato, e assim deve proceder a Corte de Contas, de modo a

⁴⁰ Disponível em: < <http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>

lhe permitir verificar se a conduta do agente foi ou não praticada sob o amparo de alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

§ 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.

Comentário da Conjur/TCU feito na análise preliminar entregue ao Presidente da República:

A proposta, no que concerne à “validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”, é inconstitucional, por ofensa art. 37, caput, da Constituição Federal, especialmente no tocante à vinculação da Administração Pública ao princípio da legalidade, assim como por ofensa à razoabilidade, também de estatura constitucional, por força do princípio do devido processo legal substantivo, conforme reiteradamente tem afirmado o STF.

Assim se entende porque a validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa é aferida tendo por parâmetro de controle a legislação, seja a própria Constituição Federal, sejam as normas infraconstitucionais, sendo irrelevante as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, que serão consideradas sim para fins da avaliação da culpabilidade do administrador, mas não para aferição de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

Exemplo do que ora se afirma seria no caso de um administrador público recém empossado na direção de uma grande autarquia que, diante da necessidade urgente, realiza uma contratação sem concurso público, quando referido concurso era exigido por lei, mas em relação à qual se constata que referida urgência decorreu da falta de planejamento de seu antecessor.

Nesse exemplo, a conduta do novo administrador estará justificada pelas circunstâncias nas quais se encontrava a autarquia e para as quais não concorreu, o que significa que referido administrador não será punido pelo órgão de controle. Esse fato, porém, que retrata ter o administrador agido amparado em uma causa excludente de culpabilidade

(inexigibilidade de conduta diversa), não tem o condão de transformar a contratação sem concurso público em ato lícito. É ato ilícito, para cuja correção o órgão de controle fixará prazo razoável, consoante iterativa jurisprudência do TCU, mas o autor da conduta não será punido, justamente em face das circunstâncias.

Por outro lado, não se desconhece a teoria das nulidades do ato administrativo nem a teoria da sua convalidação ou da não declaração de nulidade do ato ou de seus efeitos, quando se trata de ato que não mais aceita convalidação. São teorias amplamente sustentadas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, seja dos tribunais do Poder Judiciário, seja dos tribunais de contas. Trata-se, no entanto, de teorias cujo fundamento situa-se no princípio da segurança jurídica, de compreensão consolidada no meio jurídico, acerca da difícil decisão entre restaurar a legalidade ou manter a ilegalidade ou seus efeitos em nome da paz social e da estabilização das relações jurídicas. Como se vê, referidas teorias assentam-se em fundamento específico, bem mais restrito do que as hipóteses propostas no dispositivo ora analisado.

Portanto, referido dispositivo é inconstitucional em relação à expressão “**ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa**”.

Parecer-resposta dos defensores do PL:

As considerações dos autores do PL foram feitas acerca do art. 22 como um todo, cujo teor já foi mencionado nos parágrafos anteriores, quando analisamos o *caput* desse art. 22.

Parecer da Conjur/TCU:

Nossa análise também pode ser extraída do que se afirmou acima sobre o *caput* do art. 22, quando fizemos a importante distinção entre a interpretação da norma, de um lado, como, por exemplo, a relativa ao alcance da expressão “despesas de pessoal” ou “operações de crédito”, ambas presentes na Lei de Responsabilidade Fiscal, e, de outro, os juízos que o TCU faz acerca das condutas dos gestores, para fins de responsabilização ou não.

Concluimos, portanto, relativamente a esse §1º que apenas a expressão grifada

por nós, qual seja, “**ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa**” é considerada inconstitucional por ofensa art. 37, *caput*, da Constituição Federal, especialmente no tocante à vinculação da Administração Pública ao princípio da legalidade, assim como por ofensa à razoabilidade, também de estatura constitucional, por força do princípio do devido processo legal substantivo, conforme reiteradamente tem afirmado o STF.

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.

*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.*

Comentário da Conjur/TCU feito na análise preliminar entregue ao Presidente da República:

Em relação aos Tribunais de Contas, a proposta é inconstitucional, pois ofende o art. 71, inciso IX, da Constituição Federal que outorga às Cortes de Contas a competência para “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”, ou seja, norma infraconstitucional não pode impor aos Tribunais de Contas o dever de celebrar compromisso de ajustamento, se a CF lhes confere a competência de “assinar prazo” para a correção de atos irregulares, observadas, é claro, a razoabilidade e a proporcionalidade da medida.

Parecer-resposta dos defensores do PL:

A síntese do pensamento que consta do parecer-resposta está bem posta nos seguintes parágrafos que transcrevemos na íntegra (com grifos nossos):

Em primeiro lugar, as atividades mencionadas não são, em hipótese

alguma, excludentes. Quer dizer, a obrigação de negociar a celebração de um compromisso para o ajustamento da conduta não é antípoda da competência de assinar prazo para a adoção de providência para o cumprimento da lei. No exercício de suas competências constitucionais, continuarão as Cortes de Contas a assinar prazos naturalmente. Mas quando se tratar de alteração de interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado emergirá o direito do administrado a um regime de transição provisório, que poderá ser negociado.

Em segundo lugar, seria incorreto supor que norma legal não pudesse criar obrigações ao Poder Público. É da essência de um Estado de Direito, vale dizer, a submissão efetiva do Estado ao império da lei.⁷ Neste aspecto, seria temerário que órgão estatal se negasse a dar cumprimento à lei sob qualquer argumento.

Por fim, em terceiro lugar, o mote fundamental do dispositivo não envolve atribuições de entes estatais. A norma versa fundamentalmente sobre os direitos dos administrados e o respeito à segurança jurídica.

Parecer da Conjur/TCU:

Quanto ao primeiro argumento contido no parecer-resposta, de que “*as atividades mencionadas não são, em hipótese alguma, excludentes*”, com as devidas vênias, não há como concordarmos.

Diz o art. 71, inciso IX, o seguinte:

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

(...)

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

A leitura do inciso IX do art. 71 da CF demonstra, à toda evidência, que o TCU já está autorizado pela própria Constituição Federal a estabelecer um regime de transição para que o administrador faça ou deixe de fazer algo, quando a lei assim o exigir. Assim se afirma porque o inciso IX conferiu ao TCU a competência para “assinar prazo”, que pode ser de 1 dia ou de 1 ano, por exemplo, a depender da complexidade da solução requerida para que o ato irregular seja corrigido.

Portanto, a proposta desse art. 23 não confere ao TCU absolutamente nada que

já não tenha. Ao contrário, tenta retirar do Tribunal, pela via infralegal, a competência de, a seu juízo, mas em decisão devidamente fundamentada, fixar o prazo que entender mais adequado ao caso concreto, após, é claro, a oitiva do futuro destinatário da decisão mandamental do TCU.

Afirmamos que a proposta tenta retirar essa competência do TCU porque transforma o que hoje é uma competência da Corte de Contas – *fixar prazo* – em direito do destinatário da decisão do Tribunal, oponível ao próprio TCU que, portanto, quando determinar o cumprimento imediato da determinação, ou seja, quando fixar prazo zero, terá de se submeter a uma negociação com o destinatário da decisão, para fins de celebração de um acordo.

Ora, os próprios exemplos citados no parecer-resposta demonstram a impropriedade da proposta, pois tanto a modulação de efeitos prevista no art. 27 da Lei n° 9.868/99⁴¹, relativa às declarações de inconstitucionalidade, quanto a modulação prevista no § 3° do art. 927 do novo CPC⁴², no que concerne à alteração de jurisprudência, não são direitos das partes, mas sim faculdade do órgão judicial.

Diz o *caput* do art. 23 que esse dever de prever regime de transição somente será imposto ao TCU “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”.

Ora, a quem compete esse juízo acerca da indispensabilidade ou não do regime de transição? Ao autor da conduta considerada irregular? Ao TCU? Pelo que consta da proposta, não temos dúvida em responder que, segundo o *caput* do art. 23, seria ao autor da conduta irregular, pois, caso o TCU não lhe conceda prazo, ele terá o direito de negociação, o que subverte, uma vez mais, a lógica do sistema jurídico e desconsidera o disposto na Constituição Federal que, no art. 71, inciso IX, estabelece, inequivocamente, que compete ao TCU decidir se assina ou não prazo para o autor da conduta ilícita corrigir o ato que se encontra

⁴¹ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁴² § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

na ilegalidade.

No entanto, alega-se no parecer-resposta que *“seria incorreto supor que norma legal não pudesse criar obrigações ao Poder Público”*. Todavia, a análise aqui não pode ser restrita à lei, mas sim com os olhos voltados para a Constituição. Levada ao extremo a assertiva contida no parecer-resposta, a norma infralegal poderia alterar a Constituição, como, aliás, acontecerá, na prática, caso esse art. 23 do PL 7448/2017 se converta em lei.

Em outras palavras, se aprovada essa proposta, o inciso IX do art. 71 da Constituição terá de ser lido como se tivesse a seguinte redação:

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

(...)

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade, exceto se a decisão estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, hipótese na qual o TCU 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, e, caso não o faça, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com o Tribunal, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, perante o Tribunal de Contas da União.

Concessa maxima venia, norma infralegal não pode promover alterações na Constituição Federal.

De qualquer modo, conforme reconhecido pelos autores do PL, o TCU, nos casos em que entende ser necessário, já tem, de longa data, a prática de fixar prazo para que o administrador apresente um plano de ação sobre como pretende resolver o problema, acompanhado de cronograma para a implementação das medidas corretivas e dos nomes dos agentes públicos responsáveis por cada etapa de sua implementação.

Alegam ainda os autores do PL que *“Por fim, em terceiro lugar, o mote fundamental do dispositivo não envolve atribuições de entes estatais. A norma versa fundamentalmente sobre os direitos dos administrados e o respeito à segurança jurídica”* (grifos

nossos).

A assertiva dos autores do PL não guarda identidade com o texto do dispositivo proposto. Senão vejamos:

O *caput* do art. 23 tem a seguinte redação (com grifos nossos):

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.

Como se vê, seu texto é autoexplicativo. Trata-se, inequivocamente, de imposição de novo dever aos órgãos de controle e que, portanto, inegavelmente atinge as suas atribuições.

O parágrafo único do art. 23 a seu turno diz o seguinte:

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.

Neste caso, o parágrafo único prevê um direito oponível aos órgãos de controle e que também atinge, no caso dos tribunais de contas, as suas atribuições.

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.

Comentário da Conjur/TCU feito na análise preliminar entregue ao Presidente

da República:

Todo esse artigo 25 é inconstitucional, por ofensa aos arts. 70 e 71 da Constituição Federal, pois busca, pela via infraconstitucional, subtrair da apreciação do Poder Legislativo e dos Tribunais de Contas o exercício de suas competências relativas à verificação da regularidade dos atos, contratos, ajustes, processos e normas da Administração Pública, ao prever a submissão de sua análise ao Poder Judiciário, sem que se aponte qualquer lesão ou ameaça a direito, mas, ao contrário, apenas com a finalidade de se obter sentença declaratória de validade, o que, por via transversa, transforma o Judiciário em órgão de chancela das ações administrativas, inclusive quanto à sua adequação e economicidade dos preços e valores. Na prática, esse artigo permitiria submeter ao Judiciário um edital de licitação ou um contrato de concessão de uma rodovia, por exemplo, a fim de que o Juiz o declare válido, sobre os seus múltiplos aspectos, e ainda declare a sua adequação e a economicidade de seus preços.

Parecer-resposta dos defensores do PL:

Os signatários do parecer-resposta apresentam as seguintes considerações sobre o assunto:

As críticas tecidas pelo TCU carecem de fundamento jurídico e distorcem o sentido da norma. E são surpreendentes, por lançarem, sobre todos os juizes do Brasil, a suspeita de que eles estariam sempre disponíveis para participar de conluíus, validando atos ilegais de modo desonesto.

(...)

(...) Os Tribunais de Contas, como órgãos administrativos de controle integrantes do Poder Legislativo, não podem obviamente reivindicar qualquer espécie de isenção frente à coisa julgada. Ou seja, as competências fiscalizatórias das Cortes de Contas subsistem em qualquer hipótese, mesmo com a competência do Judiciário para dizer o Direito.

(...)

(...) Em verdade, o mecanismo permite que, em casos de instabilidade jurídica gerada por múltiplas contestações ou dúvidas abusivas, o Judiciário, sempre com a participação obrigatória do Ministério Público, possa conferir certeza definitiva quanto à validade, vigência e obrigatoriedade de normas e atos, garantindo o fluxo adequado da ação

pública contra as sabotagens de que esteja sendo alvo.

(...)

(...) É, para citar um exemplo, justamente o que ocorreu quando dos processos de privatização da década de 1990, em que diversos questionamentos foram feitos em várias instâncias distintas, promovendo uma indesejável instabilidade do programa.

(...)

(...) Entretanto, o que faz o artigo 25 nada mais é do que criar uma via processual direta para que o Judiciário possa dar a última palavra sobre a validade de atos em sentido amplo (atribuição essa que, segundo o sistema constitucional brasileiro, já é sua). Não há aqui, portanto, nada de novo ou excêntrico. Conforme afirmado acima, por força da garantia da inafastabilidade da jurisdição prevista na Constituição Federal, as decisões tomadas nas esferas administrativa e controladora estão sempre sujeitas a revisão judicial.

Apenas mais uma nota parece relevante. O tom das críticas do TCU dá a entender que a Corte acredita que o Judiciário tenderia a ser permissivo em suas análises, admitindo a legitimidade de atos e normas que ela tradicionalmente censuraria. Somente neste contexto faria sentido a afirmação de que a ação declaratória, "*por via transversa, transforma o Judiciário em órgão de chancela das ações administrativas*". O receio, entretanto, além de injustificável do ponto de vista institucional e jurídico, é certamente improcedente em seu mérito, além de ofensivo à magistratura.

Em outras palavras, não é possível por nenhum meio afirmar que a decisão a respeito da adequação jurídica de um ato ou norma administrativa pode ser qualitativamente melhor se proferida pelas Cortes de Contas do que pelo Judiciário. E ainda que fosse, a palavra final, pela Constituição, será sempre do Poder Judiciário.

Parecer da Conjur/TCU:

A argumentação apresentada no parecer-resposta assenta-se, basicamente, na ideia de que se o Judiciário pode rever os atos do TCU então o Judiciário poderia substituir o TCU nas funções que lhe foram outorgadas diretamente pela Constituição Federal. O problema desse raciocínio é que não encontra respaldo no direito constitucional, pois em matéria de competência não se aplica o ditado de que quem pode o mais pode o menos. Em matéria de competência, quem pode o mais só pode o mais.

É certo que as decisões dos tribunais de contas podem ser revistas pelo Poder Judiciário, nas hipóteses de irregularidade formal ou manifesta ilegalidade, ou seja, como bem se disse no parecer-resposta, o Judiciário tem a última palavra. No entanto, quando a própria Constituição Federal expressamente outorga a alguém a competência para ter a primeira palavra, não poderá o Judiciário se substituir ao órgão que a Constituição elegeu para atuar em primeira linha.

Fosse a tese defendida no parecer-resposta adequada constitucionalmente, caberia ao gestor público prestar contas diretamente ao Poder Judiciário e não ao TCU, o que subverteria novamente a lógica adotada pela Constituição e, além disso, inviabilizaria o Poder Judiciário.

A questão não é nova no Supremo Tribunal Federal, já tendo sobre o assunto se manifestado o Tribunal Pleno. Do voto do relator, o Ministro Celso de Mello, destacamos o seguinte trecho (com sublinhados nossos):

Sendo assim, não há como aceitar a opinião da douta Procuradoria-Geral da República no ponto em que, salientando não competir ao Tribunal de Contas da União “...*aposentar o impetrante, pagar-lhe ou mandar que lhe paguem os proventos*”, propõe que se conceda o writ mandamental “...para determinar àquela Corte de Contas que proceda ao registro da aposentadoria, tal como deferido originariamente pelo órgão competente (fls. 72).

É de acentuar que, mesmo a jurisprudência desta Corte que não admite a conversão em diligência do processo de apreciação da legalidade de aposentadoria (RTJ 80/394) não impõe ao Tribunal de Contas da União – ao contrário do entendimento preconizado no parecer do Ministério Público federal – o registro do respectivo ato concessivo. Fosse isso lícito – mas não o é -, e o Supremo Tribunal Federal substituir-se-ia, de modo absolutamente ilegítimo, ao Tribunal de Contas da União, no exercício de sua competência constitucional.⁴³

Em sentido semelhante foi a decisão do Ministro Luiz Fux, da qual convém destacar o seguinte trecho (com grifos nossos):

Destaque-se, ainda, que os Tribunais de Contas, assim como toda a Administração, têm o dever de seguirem as normas acerca do devido

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança nº 21.466. rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 19.05.1993. DJ de 06.05.1994.

processo legal e suas decisões têm natureza administrativa, sendo possível, em regra geral, o controle jurisdicional sobre tais decisões. Porém, não se pode ignorar a força executiva, em razão de texto constitucional expresso (art. 71, §3º), das decisões emanadas pelo Tribunal de Contas da União que imputem “débito ou multa”. Essa estatura constitucional, portanto, afasta as decisões daquele órgão da qualidade de um ato meramente administrativo, enrijecendo os limites da incursão do Poder Judiciário no mérito administrativo a qual deve se restringir a situações em que se constate flagrante teratologia ou por falhas formais insanáveis com prejuízo demonstrado.

Evidencia-se, assim, que houve oportunidade para manifestação das partes, embora, em um primeiro momento, o contraditório, no procedimento de Tomada de Contas Especial tenha sido diferido. As outras impugnações formuladas guardam pertinência com aspectos técnicos, de modo que autorizar sua análise pelo Judiciário implicaria na quebra da lógica do sistema constitucional posto, pois estar-se-ia a admitir que tal Poder usurpasse competência outorgada pelo constituinte originário aos Tribunais de Contas e, em última análise, fragilizar-se-ia a própria segurança jurídica que deve ser inerente à atuação daquele órgão. Impende consignar, ainda, que mesmo nas hipóteses em que se constate irregularidade na atuação do Tribunal de Contas, o provimento jurisdicional deve limitar-se a anular a decisão viciada e o processo ser restituído à Corte de Contas para que seja proferida nova decisão.⁴⁴

A proposta, porém, desse art. 25 inverte a lógica e abre, por meio de norma infralegal, uma via direta de acesso ao Judiciário para buscar uma declaração de validade de ato, contrato, ajuste, norma ou procedimento, inclusive quanto aos aspectos econômicos, em flagrante ofensa ao disposto no art. 70, *caput* e parágrafo único, da Constituição Federal que outorga ao Poder Legislativo e aos tribunais de contas a competência para exercer o controle da Administração Pública, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade.

Se o Tribunal de Contas exercer mal sua competência, ai sim, abre-se a via judicial de discussão, caso tenha ocorrido irregularidade formal ou manifesta ilegalidade por parte da Corte de Contas.

E há uma lógica subjacente a essa decisão do constituinte originário e que tem sido observada não apenas no Brasil mas em todos os países que adotam o modelo de tribunais

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Originária nº 2.068. rel. Min. Luiz Fux. Decisão monocrática de 28.05.2015. DJe de 02.06.2015.

de contas para o controle das suas finanças públicas. Referida lógica diz respeito exatamente à capacidade técnica desses órgãos, à sua expertise em assuntos específicos, que os habilitam para discussões que, se necessário, o Judiciário as enfrenta, mas não está originariamente preparado.

E aqui não estamos afirmando absolutamente nada que ofenda o Poder Judiciário, como quis fazer crer o parecer-resposta ao imputar a esta Consultoria Jurídica a autoria de palavras que não usou nem insinuou. Ao contrário, o que se afirma constou do final da decisão monocrática do Ministro Fux, acima transcrita, e se trata de opinião compartilhada também pela doutrina, tanto nacional quanto estrangeira.

Trata-se, no caso, da necessária pré-compreensão a que a doutrina tanto se refere e que, para assuntos muito técnicos, será um desafio para o Poder Judiciário. Conforme lembrado por Larenz, a pré-compreensão não se refere apenas à “coisa Direito” ou à sua linguagem, seus textos jurídicos, decisões judiciais e argumentos usuais, mas também a contextos sociais, situações diversas de interesses e estruturas das relações sociais e institucionais, frequentemente referidas nas normas jurídicas. Desse modo, o jurista que, ao menos, não vislumbrar nada sobre essas outras questões, terá dificuldades para compreender até mesmo a própria disciplina jurídica.⁴⁵

Quando se trata de assuntos específicos que requerem conhecimentos especializados, haverá, sem dúvida, um desafio maior para a compreensão de certas questões, na linha também do que observa Larenz sobre o assunto:

O texto nada diz a quem não entenda já alguma coisa daquilo de que ele trata. Só responde a quem o interroga correctamente. A pergunta é previamente dada àquele que quer aplicar a lei pela situação de facto em bruto e pela sua transformação em situação de facto definitiva. Para formular correctamente, precisa de conhecer a linguagem da lei e o contexto de regulação em que a norma se encontra. Pelo menos aí, no modo de formulação da pergunta, reside a participação, que se não pode passar por alto, do intérprete no resultado da interpretação. Pois que a formulação da pergunta limita também, ao mesmo tempo, as respostas

⁴⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 290.

possíveis.⁴⁶

Não se pode, nos dias atuais, deixar de reconhecer as peculiares características da legislação regente da atuação administrativa e financeira do Estado, no tocante às questões orçamentárias e financeiras e ainda quanto às contratações públicas, às concessões, permissões e autorizações para exploração de bens e serviços públicos, que requerem avaliações econômico-financeiras, e, particularmente, à consecução de programas de governo tendentes à efetivação de direitos fundamentais que requerem prestações positivas do Estado, o que demanda do operador do direito intimidade com uma linguagem própria dessas áreas, a fim de que possa fazer as perguntas certas ao texto normativo e dele obter as melhores respostas a que se refere Larenz.

Nessa toada, é de Cristina Queiroz a lúcida constatação de que é possível identificar três fases da democracia, a primeira denominada democracia liberal, a segunda, democracia (do Estado) constitucional, e a terceira, com Stourzh e Fikentscher, democracia dos direitos fundamentais. Para a autora, *“esta última toma por modelo o desenvolvimento democrático-constitucional dos Estados Unidos e gozará de uma enorme expansão no post-1945”*. Destaca, no entanto, Queiroz que um dos elementos fundamentais da democracia dos direitos fundamentais é o fortalecimento do controle da administração pública.⁴⁷

Canotilho, de igual modo, enaltece a atuação do Tribunal de Contas, ao sustentar que as novas funções do assim denominado Estado garantidor ou ainda Estado acionista passam a produzir problemas político-constitucionais e jurídico-financeiros que requerem uma análise integrada, na qual *“o Tribunal de Contas desempenha um relevantíssimo papel”*.⁴⁸

No Brasil, Daniel Sarmento, de igual modo, entende ser recomendável uma postura de autocontenção judicial, em certas circunstâncias, tanto pelo respeito às decisões tomadas no campo político e decorrentes da vontade da maioria, quanto pelo reconhecimento da falta de *expertise* do Poder Judiciário para decidir sobre questões que promovam *“eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos*

⁴⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 441.

⁴⁷ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 28.

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano. *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*, setembro 2008, p. 30.

conhecimentos técnicos fora do Direito – como economia, políticas públicas e regulação”. Para essas situações, há de se reconhecer a presença de outros órgãos do Estado que dominam os necessários conhecimentos específicos e, por isso, estão mais “habilitados para assumirem uma posição de protagonismo na implementação da vontade constitucional”.⁴⁹

Em sentido parecido, Humberto Ávila sustenta que “*o âmbito de controle pelo Judiciário deverá ser tanto menor quanto mais ... difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria*”.⁵⁰

Portanto, o art. 25 do PL 7448/2017, ao criar a ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, norma ou procedimento, e, com isso, alijar o Tribunal de Contas do debate, patrocina o empobrecimento das grandes discussões de interesse nacional e não contribui para o bom funcionamento das instituições a quem a Constituição lhes outorgou, diretamente, elevadas competências, mas dentro das molduras delineadas pela própria Carta Política.

Por tudo o que se expôs, entendemos por bem fechar a análise desse art. 25 do PL 7448/2017 com a frase pronunciada pelo Ministro aposentado do STF Carlos Ayres Britto em entrevista concedida ao Jornal Nacional da TV Globo que foi ao ar no dia 16 do corrente mês: “*Isso é de uma inconstitucionalidade enlouquecida, inverte as coisas*”.

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.

§ 1º O compromisso:

I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – poderá envolver transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009, p. 137-138.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 126.

e, ainda, o estabelecimento de regime de transição:

Comentário da Conjur/TCU feito na análise preliminar entregue ao Presidente da República:

A Lei anticorrupção prevê as hipóteses de sanções premiais, mas apenas quando o autor do ilícito oferece algum benefício ao Poder Público. Fora dessa hipótese, a transação prevista neste inciso é mera leniência sem contrapartida. O mesmo se diga quanto à previsão de créditos relativos ao passado, pois não aponta o dispositivo a razão pela qual o credor, no caso, o Erário, iria renunciar ao seu crédito, se não há contrapartida que justifique essa renúncia.

Parecer-resposta dos defensores do PL:

Afirmam os autores do PL o seguinte:

O fato de haver a possibilidade de transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado não importa em leniência ou perdão. Trata-se de simples reconhecimento, em norma de caráter geral (como é a LINDB), da possibilidade de autoridades firmarem acordos substitutivos de sanção ou de créditos relativos ao passado.

(...)

De outro lado, é também improcedente a afirmação de que o dispositivo admitiria renúncia de crédito sem contrapartida, em prejuízo ao erário. O que o projeto propõe é justamente uma alternativa para viabilizar o recebimento desse crédito de forma efetiva e eficiente, pondo fim a inúmeros conflitos existentes com particulares que se encontram ainda sem solução.

Parecer da Conjur/TCU:

Normas que renunciam direitos no âmbito da Administração Pública devem especificar as condições para tanto. Os autores do PL alegam que a proposta, a rigor, contém prática que já é adotada no âmbito da Administração Pública. É verdade, mas o é nos termos das respectivas leis de regência e com as devidas cautelas.

Ora, se a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), em seu art. 5º, §6º, já prevê essa possibilidade, inclusive com a vantagem de o compromisso de ajustamento de conduta ter eficácia de título executivo extrajudicial, qual seria então o benefício visado pela proposta desse art. 26 que, além de se valer, uma vez mais, de textura extremamente aberta, ainda não confere a referida eficácia executória?⁵¹

Ou esse inciso II é desnecessário, por já estar a matéria devidamente regulada no ordenamento jurídico brasileiro, e se for isso, referido comando normativo poderá servir apenas para gerar insegurança jurídica e fragilizar esses acordos, ou essa proposta oferece alguma inovação que ainda não se identificou, mas que, pela textura aberta e falta de força executória, também não oferece vantagens.

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

Comentário da Conjur/TCU feito na análise preliminar entregue ao Presidente da República:

Pelo dispositivo, o “direito reconhecido por orientação geral”, seja lá o que isso queira dizer, não poderá ser sindicado, impugnado, restringido e muito menos extinto, o que o transforma em uma espécie de direito adquirido eterno.

Parecer-resposta dos defensores do PL:

Do parecer-resposta consta que o termo "*direito reconhecido por orientação geral*" encontra-se expressamente definido pelo parágrafo único do artigo 24, razão pela qual não seria procedente a crítica feita pelo TCU.

Afirma ainda que:

Em segundo lugar, a impossibilidade de se transacionar deveres ou

⁵¹ § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. [\(Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990\)](#) [\(Vide Mensagem de veto\)](#)

condicionamentos de direitos reconhecidos por orientação geral milita em favor do interesse público, não contra este. (...) Já a vedação à fragilização de condicionamento de direito tem como foco proibir a inobservância de certas limitações administrativas, como por exemplo a proibição de a indústria lançar poluição tóxica na atmosfera. Quer dizer, tais deveres, devidamente reconhecidos por orientação geral, não poderão ser objeto de transação pela autoridade administrativa. [grifamos]

Parecer da Conjur/TCU:

O mencionado parágrafo único do art. 24 diz o seguinte (com grifos nossos):

Art. 24. (...)

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.

Como se vê, o dispositivo, mantendo a principal característica do PL 7448/2017, vale-se de diversas expressões abertas, fluídas, de difícil identificação e que apresentam elevado potencial de servirem de motivo para litígios acerca dos seus significados e que acabarão por provocar mais insegurança jurídica.

Por outro lado, a justificativa para a expressão “*condicionamento de direito*” vai em sentido oposto ao próprio texto, pois o texto se refere a direito e a justificativa, por outro lado, oferece como exemplo um dever, pois, conforme reproduzido acima, e aqui novamente, consta do parecer a seguinte justificativa (com grifos nossos): “*Já a vedação à fragilização de condicionamento de direito tem como foco proibir a inobservância de certas limitações administrativas, como por exemplo a proibição de a indústria lançar poluição tóxica na atmosfera*”.

§ 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.

Comentário da Conjur/TCU feito na análise preliminar entregue ao Presidente da República:

Mais uma vez, está-se diante de comando que busca excluir da apreciação dos Tribunais de Contas os atos da Administração Pública, razão pela qual esse dispositivo é inconstitucional por ofensa aos arts. 70 e 71, incisos I, II, IV, VIII e IX, da CF. Além disso, o dispositivo cria uma espécie de irresponsabilidade do agente público por atos ilícitos administrativos e cíveis, pois autoriza a sua responsabilidade pessoal apenas quando se verificar o enriquecimento ilícito ou crime. Ou seja, se o agente público, com a celebração do compromisso, pratica ato antieconômico, mas sem enriquecimento ilícito dele, ou ainda se pratica ato ilícito administrativo ou civil, que não seja crime, não poderá ser responsabilizado por isso.

Parecer-resposta dos defensores do PL:

O parecer-resposta sobre esse dispositivo apresenta argumentação semelhante àquela que sustentou em relação ao art. 25 no tocante à ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, norma ou procedimento. Eis a síntese da justificativa (com grifos nossos):

Ou seja, as atividades a cargo das Cortes, no sentido da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública não excluem obviamente a competência do Judiciário para dar a última palavra em matéria jurídica. Repita-se: inexistente legitimidade em se pretender qualquer tipo de isenção do controlador face às competências do Poder Judiciário.

(...)

Em segundo lugar, o dispositivo busca claramente evitar o risco de responsabilização futura do agente, por conta de eventuais visões diferentes de controladores. Isso, em certos casos, pode lhe conferir a segurança e a tranquilidade necessárias para desempenhar suas funções a contento. Daí que a autorização aqui analisada configura um autêntico processo de justificação judicial, dependente da decisão do juiz de direito.

(...)

Há aqui novamente uma espécie de suposição de que o juiz pode ser mais condescendente com práticas que o TCU censuraria, o que não faz

sentido do ponto de vista institucional ou mesmo material.

Parecer da Conjur/TCU:

Sobre a tese dos autores do PL no sentido de que, como a última palavra é do Judiciário, haveria autorização para que desse também a primeira palavra, em substituição ao órgão de controle a quem a própria Constituição Federal outorgou essa competência, acreditamos já ter discorrido o suficiente sobre o assunto quando tratamos do art. 25 dessa proposta, oportunidade na qual demonstramos o equívoco da posição sustentada no parecer-resposta. Por essa razão, quanto a esse argumento dos autores do PL, aplica-se a este §2º do art. 26 as nossas considerações relativas ao citado art. 25.

No tocante à afirmação de que *“Em segundo lugar, o dispositivo busca claramente evitar o risco de responsabilização futura do agente”*, uma vez mais, aplica-se aqui o que dissemos sobre o art 25, com o acréscimo de que esse §2º do art. 26 busca, conforme declarado pelos próprios autores do PL, evitar a incidência do art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal, que prevê ser competência dos tribunais de contas:

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;

Pois o PL 7448/2017 propõe, pela via infraconstitucional, substituir o Tribunal de Contas pelo Juiz, colocando-o em situação que a Carta da República não o previu, qual seja, a de órgão de controle da Administração Pública, em verdadeira inversão da lógica constitucional.

Por fim, quanto à alegação dos autores do PL de que *“Há aqui novamente uma espécie de suposição de que o juiz pode ser mais condescendente com práticas que o TCU censuraria”*, lamentavelmente o parecer-resposta, uma vez mais, contém acusação que decorre unicamente de ilações dos seus próprios autores, pois, nem de longe, se fez qualquer afirmação a autorizar tamanha discrepância de entendimentos.

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões

técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Comentário da Conjur/TCU feito na análise preliminar entregue ao Presidente da República:

Pela proposta, o agente público pode ser negligente, imprudente e imperito que nada lhe acontecerá, pois estará isento de responsabilidade.

Parecer-resposta dos defensores do PL:

Alegam os defensores do PL o seguinte (grifos do original):

O objetivo do dispositivo é garantir a devida segurança para que o agente público possa desempenhar suas funções de forma adequada. Por isso determina que ele só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões em caso de dolo ou erro grosseiro, o que inclui obviamente situações de negligência grave, imprudência grave ou imperícia grave.

Mas há ainda outra forma de se compreender o dispositivo. Sua grande vocação é a de pacificar a famosa discussão a respeito da inviabilidade ou não de se responsabilizar advogados e procuradores por suas opiniões exaradas em processos administrativos. E neste ponto restou pacificado pelo Supremo Tribunal Federal que somente haverá responsabilização em caso de erro ou dolo grave. É o que se extrai do MS 24.073/DF:

(...)

(...) veda-se aquilo que Ruy Barbosa cunhou de 'crime de hermenêutica', isto é, o sancionamento do agente público por oferecer opinião técnica divergente da tese adotada pelo controlador ou pelo Judiciário. **Maria Sylvia Zanella DI PIETRO** define a questão com precisão:

"[S]e o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência (que constituem fontes do direito), não há como responsabilizar o advogado pela opinião manifestada em parecer jurídico nem a autoridade que, com base nele, proferiu a decisão."

Parecer da Conjur/TCU:

Apenas para que se tenha uma noção das possíveis implicações do art. 28, tomemos o exemplo do §1º do art. 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal, que assim dispõe:

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante 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 consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

O art. 28, na contramão da necessidade do Brasil de contar com agentes públicos diligentes, peritos e prudentes, simplesmente isenta de qualquer reprimenda aqueles que deixarem de cumprir com seus deveres constitucionais e legais de se conduzirem no exercício do cargo no caminho da busca da eficiência da Administração Pública, com a realização de um consistente planejamento das ações públicas, inclusive no campo fiscal, e com a adoção de medidas de prudência, presentes e exigidas em qualquer empresa privada assim como em qualquer Administração Pública de países que se pretendem bem administrados.

Trata-se de dispositivo que será usado pelos mal-intencionados e até por alguns bem-intencionados, mas de perfil acomodado, para simplesmente permanecerem em suas zonas de conforto ou, o que é mais preocupante, adotarem uma conduta, por longos anos, negligente, imprudente ou imperita.

O dispositivo, além disso, é inconstitucional, por ofensa ao art. 37, §6º, da Constituição Federal que assim dispõe (com grifos nossos):

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Depreende-se do dispositivo constitucional a ausência de qualquer exigência adicional, além da demonstração do dolo ou da culpa, para se exercer o direito de regresso contra o agente público causador de um dano ao erário. Portanto, a limitação contida na proposta do art. 28, no sentido de prever que o agente público responderá somente em caso de dolo ou erro grosseiro ofende o comando constitucional do §6º do art. 37 da Constituição Federal, pois não requer a Carta Maior que a conduta tenha revelado erro grosseiro, basta a culpa.

O *caput* do art. 28 causa mais preocupação ainda quando é lido em conjunto com o seu §1º, que assim define erro grosseiro:

§ 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.

Considerando que, em certas matérias, há quase sempre a possibilidade de se encontrar uma jurisprudência ou doutrina que sirva de fundamento para a tese que se pretende defender em dado momento, o que teremos será a verdadeira, ampla e geral irresponsabilidade do advogado público, por qualquer de seus atos. Basta estar amparado em uma jurisprudência ou doutrina, qualquer que seja.

Se a norma, conforme declarado por seus autores, teve a finalidade de promover eficiência na Administração Pública, esse art. 28 certamente servirá de instrumento para conduzi-la no sentido oposto.

Mas os autores do PL esclarecem que a grande vocação desse art. 28 *“é a de pacificar a famosa discussão a respeito da inviabilidade ou não de se responsabilizar advogados e procuradores por suas opiniões exaradas em processos administrativos”*. Sobre o assunto, entendem que *“restou pacificado pelo Supremo Tribunal Federal que somente haverá responsabilização em caso de erro ou dolo grave. É o que se extrai do MS 24.073/DF”*.

Referido precedente do STF ficou assim ementado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX.

I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377.

II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32.

III. - Mandado de Segurança deferido.⁵²

A assertiva, no entanto, de que esse precedente teria pacificado a matéria no STF não retrata a jurisprudência daquela Corte sobre o assunto, pois ainda no ano de 2007 o STF concluiu o julgamento do Mandado de Segurança nº 24.584 no qual admitiu que o TCU responsabilizasse parecerista jurídico nas hipóteses em que referido parecer é emitido em cumprimento ao art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, cujo texto tem a seguinte redação:

Art. 38. (...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

E a ementa do citado julgado ficou com o seguinte teor:

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.⁵³

Em seu voto, o relator bem traça a distinção entre o caso julgado no MS 24.073, acima mencionado, e este MS 24.584:

(...) Não há o envolvimento de simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de convênio e aditivos, bem como de ratificações. Portanto, a hipótese sugere a responsabilidade solidária, considerado não só o crivo técnico implementado, como também o ato mediante o qual o administrador sufragou o exame e o endosso procedidos. Cumpre frisar ainda que, na maioria das vezes, aquele que se

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança nº 24.073. rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em 06.11.2002. DJ de 31.10.2003.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança nº 24.584. rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 09.08.2007. DJe de 20.06.2008.

encontra na ponta da atividade relativa à Administração Pública não possui condições para sopesar o conteúdo técnico-jurídico da peça a ser subscreta, razão pela qual lança mão do setor competente. A partir do momento em que ocorre, pelos integrantes deste, não a emissão de um parecer, mas a aposição de um visto, a implicar a aprovação do teor do convênio ou do aditivo, ou a ratificação realizada, constata-se, nos limites técnicos, a assunção de responsabilidade. (...)

É ainda do relator a seguinte consideração, relevante para a análise desse art. 28 do PL 7448/2017:

Daí a lição de Marçal Justen Filho em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª edição, página 392, citada no parecer da Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União, no sentido de que, “ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado”.

Sim, descabe a adoção de postura que acabe por enfraquecer o Tribunal de Contas da União. O momento é de mudança cultural; o momento é de cobrança e, por via de consequência, de alerta àqueles que lidam com a coisa pública. Os servidores públicos submetem-se indistintamente, na proporção da responsabilidade de que são investidos aos parâmetros próprios da Administração Pública. A imunidade profissional do corpo jurídico – artigo 133 da Constituição Federal – não pode ser confundida com indenidade. Fica sujeita, na Administração Pública, aos termos da lei, às balizas ditadas pelos princípios da legalidade e da eficiência. Dominando a arte do Direito, os profissionais das leis também respondem pelos atos que pratiquem. Antecipadamente, não podem gozar da proteção mandamental da impetração para eximirem-se dos riscos da investigação administrativa. Longe estão de deter, em generalização nefasta, em generalização a todos os títulos inaceitável, imperdoável, o direito líquido e certo de serem excluídos de processo que busca apurar, simplesmente apurar, simplesmente esclarecer a ocorrência ou não de desvio de conduta. Pesando dúvidas sobre os contratos por eles aprovados quanto à legalidade estrita, à lisura comportamental, tão reclamada quando se atua no setor público, deverão, em prol da mudança dos tempos e da segurança jurídica, defender-se A assim não se concluir, grassará não o ato técnico e responsável, mas a conveniência de plantão, o endosso fácil à óptica do administrador maior, pouco importando, nessa subserviência, os prejuízos à coisa pública. Há de interessar a eles, isto sim, a apresentação de defesa, de modo a preservar os perfis que possuam e a engrandecer a carreira jurídica com a demonstração do apego ao que é certo. Aguardem os levantamentos a serem feitos pelo Tribunal de Contas da União e aí, se for o caso, acionem o Judiciário, a fim de afastar glosas inapropriadas.

Por fim, parece-nos importante lembrar o que diz o art. 32 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), no sentido de que *“O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”*.

Quanto ao suposto crime de hermenêutica que a proposta tenta evitar, convém o registro de que o TCU, de longa data, adota exatamente o mesmo entendimento mencionado no parecer-resposta, conforme se pode ver do seguinte precedente, entre tantos outros:

29. Nesse contexto, cumpre transcrever ainda os seguintes trechos dos votos que antecederam os Acórdão nºs 206/2007 e 336/2008, do Plenário, nessa seqüência:

“9. O fato de o administrador seguir pareceres técnicos e jurídicos não o torna imune à censura do Tribunal. Esta Corte evoluiu o seu posicionamento no sentido de que tal entendimento somente pode ser admitido a partir da análise de cada caso, isto é, deve-se verificar se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável e se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência. Presentes tais condições, não há como responsabilizar os técnicos e os advogados, nem, em consequência, a autoridade que se baseou em seu parecer.

10. Ao contrário, se o parecer não atende a tais requisitos, e a lei o considerar imprescindível para a validade do ato, como é o caso do exame e aprovação das minutas de editais e contratos, acordos, convênios ou ajustes, os advogados ou os técnicos deverão responder solidariamente com o gestor público que praticou o ato irregular, mas em hipótese alguma será afastada a responsabilidade pessoal do gestor, razão pela qual não assiste razão ao recorrente em relação a tal argumento.”⁵⁴

Como se vê, portanto, no caso do TCU, não há que se falar em crime de hermenêutica.

4) CONCLUSÃO

Em face do todo o exposto, entendemos que a insegurança jurídica e a ineficiência da Administração Pública não são problemas que se resolvem com a criação de critérios de interpretação das normas, especialmente quando referidos critérios, pela sua

⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.349/2008 – Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes.

textura aberta, trazem grande potencial para promover o efeito inverso do desejado, ou seja, mais insegurança jurídica e ineficiência.

É o parecer.

Brasília, 20 de abril de 2018.

(assinado eletronicamente)
ODILON CAVALLARI DE OLIVEIRA
Consultor Jurídico do TCU