



TORREÃO BRAZ
advogados



SEGURANÇA JURÍDICA NA GESTÃO

A Influência dos Órgãos de Controle na Tomada de Decisão por Gestores Públicos

Brasília,
2019



TORREÃO BRAZ
advogados



SEGURANÇA JURÍDICA NA GESTÃO

A Influência dos Órgãos de Controle na Tomada de Decisão por Gestores Públicos

Autores:

Breno Zaban Carneiro

Liana Claudia Hentges Cajal

Colaboradores:

Ana Torreão Braz Lucas de Moraes

Déborah de Andrade Cunha e Toni

Luciano Ribeiro Reis Barros

Paulo Vitor Liporaci Giani Barbosa

Brasília,

2019

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. PADRÃO DE CONDENAÇÕES DO TCU

2.1. A QUE O TCU CONDENA?

2.1.1. Débito

2.1.2. Multa

2.1.3. Outras sanções

2.2. O QUE O TCU CONDENA?

2.3. QUEM O TCU CONDENA?

2.4. QUANTO TEMPO O TCU DEMORA PARA CONDENAR?

2.4.1. Tempo entre a irregularidade e a instauração do processo

2.4.2. Tempo de tramitação do processo

2.5. CONCLUSÕES DA SEÇÃO

3. SOB O MICROSCÓPIO: ANATOMIA DO CASO CONCRETO

3.1. ACÓRDÃO 4.185/2016

3.2. ACÓRDÃO 836/2012

3.3. ACÓRDÃO 8.106/2014

4. PRAZOS PRESCRICIONAIS: DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E SUA INFLUÊNCIA NO TCU

4.1. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

4.1.1. A prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de ilícito civil

4.2. A prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de ato de improbidade administrativa

4.3. Inversão da lógica de presunção de prejuízo ao erário em razão da prescrição

4.2. A REPERCUSSÃO DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO TRIBUNAL DE CONTAS

5. CAMINHOS DE ENFRENTAMENTO

5.1. MANUTENÇÃO DO STATUS QUO

5.2. ACOMODAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA AO NOVO MARCO LEGAL INTRODUZIDO PELA LEI N. 13.655/18

5.4. PREVISIBILIDADE TEMPORAL

5.4. AUTONOMIA DE ENFORCEMENT: ABERTURA E NEGOCIAÇÃO

6. CONCLUSÃO

1. INTRODUÇÃO

Gestores públicos ineptos ou mal intencionados devem ser responsabilizados e punidos por órgãos de controle. Gestores competentes e criativos não devem deixar de tomar medidas corretas por medo de interpretação contrária de órgãos de controle. Essas perspectivas não são controversas.

O problema é que, na realidade, nem sempre é fácil distinguir as duas situações. Com o aumento da complexidade da ação administrativa, é cada vez mais comum que o gestor tenha de tomar decisões controversas em situações sem precedentes ou orientações exatas. Órgãos de controle podem questionar essas decisões, eventualmente investigando e punindo gestores.

Essa incerteza conduz a um problema não trivial: o gestor pode atrasar um processo ou até mesmo deixar de tomar a decisão correta pelo receio de ser mal interpretado e punido.

Este é o ponto que motivou o Infra 2038 e o Torreão Braz Advogados a conduzir essa pesquisa. Para que o Brasil possa desenvolver a infraestrutura de que precisa, será necessário ação intensa e criativa de gestores públicos motivados. Isso simplesmente não é possível se gestores estiverem mais preocupados com não serem punidos do que com tomar a decisão certa.

O objetivo desse trabalho é analisar a atuação e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) e verificar de que modo elas afetam – ou podem afetar – a decisão dos gestores. O objetivo é dar um primeiro passo para se estabelecer as bases empíricas para confirmar ou não a impressão de que há um desincentivo à atuação administrativa.

Inicialmente, verificaremos a existência de algum padrão de condenação da Corte de Contas. Por meio da análise do Cadastro Integrado de Condenações por Ilícito Administrativo – CADICON – e dos relatórios anuais produzidos pelo próprio TCU, questionaremos “a que” a Corte condena. Posteriormente, selecionamos uma amostra recente e aleatória de 30 (trinta) casos para analisar “o que”, “quem” e “em quanto tempo” o TCU condena. Assim, poderemos constatar se há, ou não, algum padrão de condenação seguido pelo TCU e concluir a primeira seção desse trabalho (item 2).

Após a apresentação dos grandes números, nos debruçaremos sobre três casos concretos na área de infraestrutura. Em um estudo voltado à exposição fática e processual dos casos selecionados, pretende-se ilustrar os números da seção anterior.

Na terceira seção (item 4) continuaremos a análise de casos concretos, porém, dessa vez, daqueles que tramitaram nos Tribunais Superiores e que, de alguma forma, podem influenciar na tomada de decisões da Corte de Contas. Em seguida, como

conclusão da seção, analisaremos as manifestações do próprio TCU a respeito das decisões das Cortes Superiores.

Por fim, a última seção destina-se à exposição de caminhos de enfrentamento ao cenário desenhado nas seções anteriores. O objetivo é expor alternativas para aprimorar a interação entre os órgãos de controle e os gestores, independente de qual seja a concepção e a interpretação adotadas a respeito da situação atual.

2. PADRÃO DE CONDENAÇÕES DO TCU

As primeiras questões de interesse envolvem o nível de punição aplicado pelo órgão de controle. Quais sanções típicas podem ser esperadas por um gestor? Quais condutas ensejam condenação? Quem o TCU tende a condenar? Quanto tempo é despendido até a condenação?

A presente seção visa a responder essas perguntas e a averiguar como esses números têm evoluído ao longo do tempo. Para tanto, foram utilizadas duas diferentes metodologias de análise.

Inicialmente, a fim de responder os itens 2.1.1¹ e 2.2.1², foram empregados os dados do CADICON, mantido pelo TCU. A análise baseou-se na coleta de informações realizada em 30 de maio de 2018³, na qual constam 48.541 (quarenta e oito mil quinhentos e quarenta e um) condenações a pessoas físicas. Posteriormente, a fim de responder o item 2.1.3⁴, expandiu-se o estudo a partir dos dados das sanções adicionais registradas nos relatórios anuais do TCU⁵.

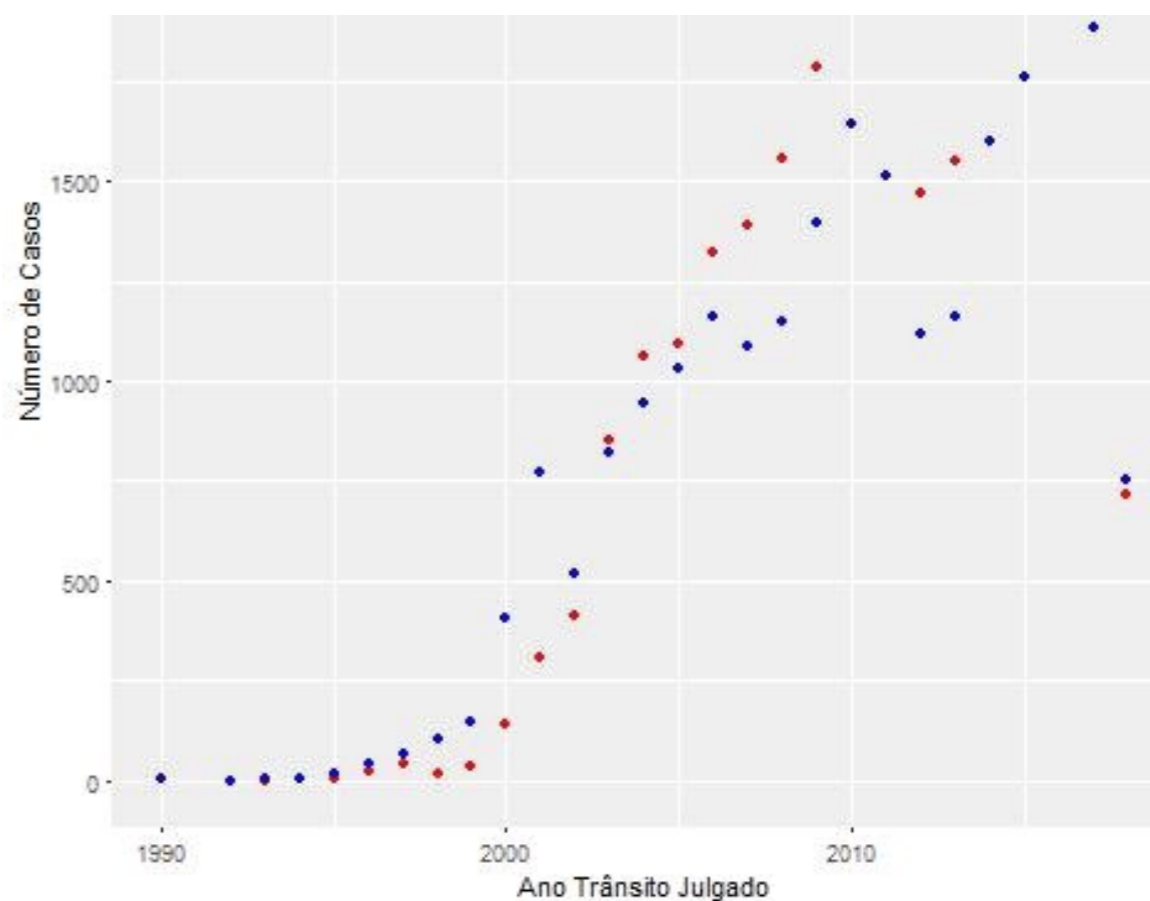
Para responder os demais itens⁶, passou-se a empregar a metodologia de amostragem. Como os dados do CADICON não detalham quem foi sancionado por qual conduta ou quanto tempo durou cada processo, seria necessário ler acórdão por acórdão para obter os dados pertinentes. Dada a restrição de recursos observada na confecção

desse relatório, optou-se por selecionar uma amostra recente e aleatória de 30 (trinta) casos, os quais conduzirão as observações finais dessa seção.

2.1. A QUE O TCU CONDENA?

Para encontrar um padrão das sanções impostas pelo TCU às pessoas físicas, foram empregados, conforme já exposto, os dados mantidos pelo CADICON. Entretanto, foram utilizadas apenas as condenações realizadas pelo próprio Tribunal da União. Essa restrição foi necessária porque a base de dados do CADICON nem sempre indica multas ou débitos impostos pelos Tribunais de Contas locais. Restringiu-se a análise, então, a pouco menos que trinta e oito mil casos.

Já com as devidas restrições, o gráfico abaixo demonstra a evolução das punições aplicadas pelo TCU ao longo dos últimos anos:



¹ 2.1.1. A que o TCU condena? Débito.

² 2.1.2. A que o TCU condena? Multa.

³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. “Cadastro Integrado De Condenações Por Ilícitos Administrativos - Responsáveis com contas julgadas irregulares”. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/cadiconWeb/index.html>. Acesso em 30/05/2018

⁴ A que o TCU condena? Outras Sanções.

⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. “Relatório Anual de Atividades do TCU - 2017” - pp. 44-45; TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. “Relatório Anual de Atividades do TCU - 2016” - p. 26; TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. “Relatório Anual de Atividades do TCU - 2015” - pp. 30-31; TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. “Relatório Anual de Atividades do TCU - 2014” - pp. 38-40; TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. “Relatório Anual de Atividades do TCU - 2013” - pp. 27-28. Disponíveis em: <https://portal.tcu.gov.br/transparencia/relatorios/relatorios-de-atividades/> - Acesso em 25/11/2018.

⁶ 2.2. O Que o TCU condena?

2.3. Quem o TCU condena?

2.4. Quanto tempo o TCU demora para condenar?

Dessa primeira observação, extrai-se uma tendência de aumento do número de casos com trânsito em julgado, com destaque para o período que se inicia no ano 2000.

Esse gráfico inclui apenas os casos em que efetivamente houve sanção pecuniária, ou seja, aqueles em que ocorreu uma condenação em multa e/ou débito acima de zero. Essa distinção é relevante porque há ocasiões em que a pessoa física é condenada por uma irregularidade, sem que uma multa ou um débito sejam definidos.

O TCU efetivamente tem condenado cada vez mais. Não se sugerirá aqui uma razão definitiva para explicar esse fenômeno. É possível que a Corte tenha ganhado maior eficiência e estrutura, sendo mais capaz de punir condutas anteriormente ignoradas. É possível também que tenha ocorrido aumento da rigidez de interpretação do Tribunal, punindo condutas que antes eram mais toleradas. Um estudo mais direcionado seria necessário para poder explicar esse fenômeno com maior confiabilidade.

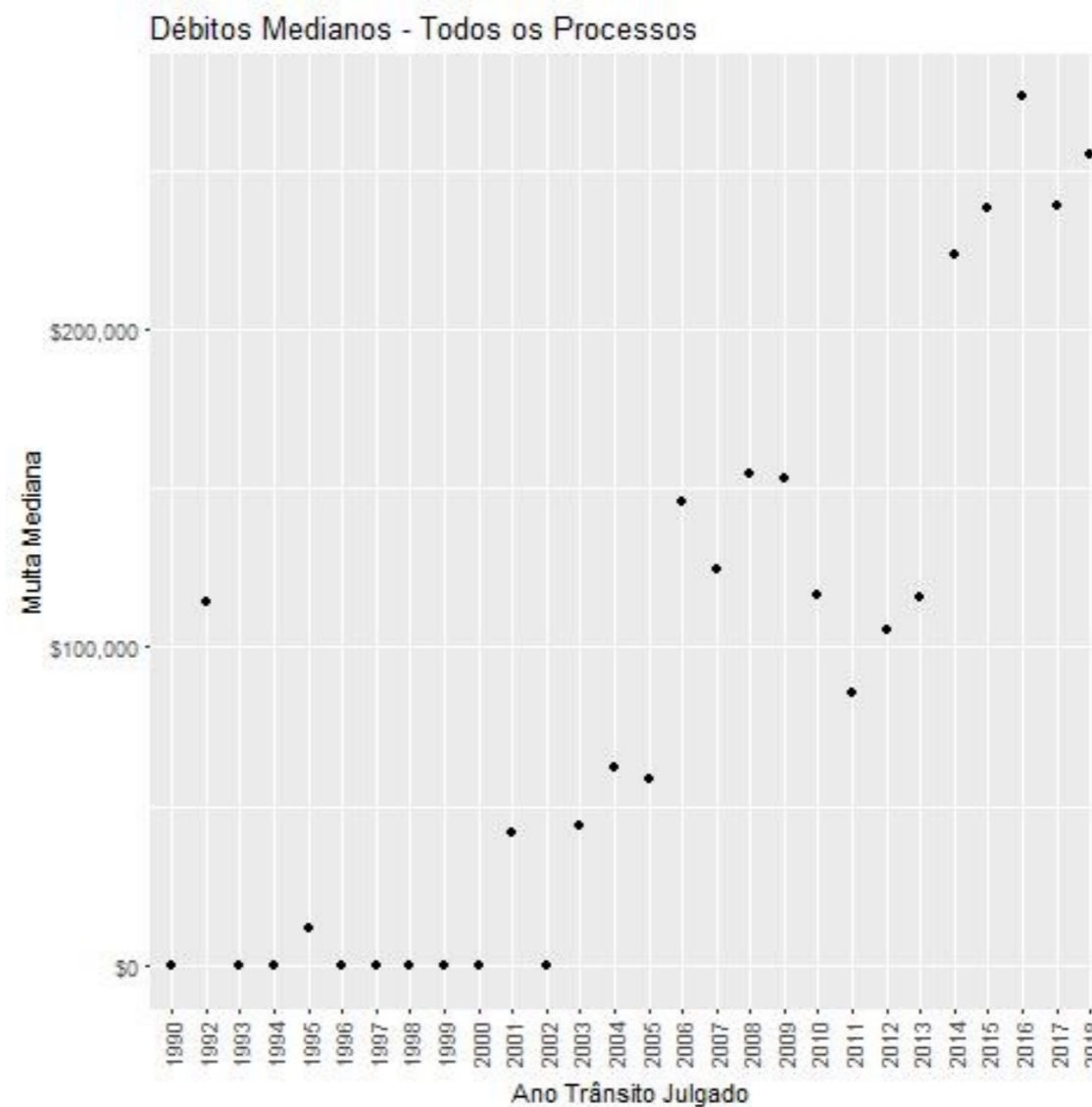
Do ponto de vista desse relatório, o fator mais relevante apreendido do gráfico é que, objetivamente, o Tribunal vem condenando mais. Gestores estariam corretos em sua impressão subjetiva de que o nível de punição pelo TCU vem crescendo ao longo do tempo. O número de punições constitui apenas parte da história. É necessário também verificar a severidade das punições aplicadas.

A análise realizada até agora, portanto, permite concluir que a frequência de condenações transitadas em julgado subiu de menos de 250 casos por ano antes de 2000 para mais de 1.500 casos por ano após 2010⁷. Questiona-se agora: quais e quão severas são as sanções aplicadas nesses casos?

2.1.1. DÉBITO

Uma das principais sanções pecuniárias impostas pelo TCU consiste no débito em razão do dano causado ao erário. Essa sanção é prevista primordialmente no artigo 19 da Lei n. 8.443/92⁸ e tem como teto o valor integral do dano causado ao erário. Ela é comumente aplicada de forma coletiva e solidária entre os responsáveis indicados pelo TCU, de modo que os valores apresentados nessa análise não são necessariamente pagos em sua integralidade por cada pessoa física individualmente considerada.

O gráfico abaixo demonstra a mediana⁹ dos débitos impostos pela Corte de Contas ao longo do período:



Nota-se que, desde 2014, o débito mediano variou entre R\$ 223.306,00 (duzentos e vinte e três mil trezentos e seis reais) e pouco mais de R\$ 272.956,00 (duzentos e setenta e dois mil novecentos e cinquenta e seis reais).

Duas observações devem ser feitas acerca destes valores.

A primeira é que o débito é comumente definido em termos de responsabilidade solidária; isso significa que várias pessoas podem ser responsáveis pelo pagamento dessas quantias. Por exemplo, no acórdão 1419/2014 - 2ªC¹⁰, os três herdeiros do prefeito

⁷ Com exceção de 2012, quando o número foi pouco abaixo de 1.500.

⁸ Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta Lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.

⁹ Optou-se pela mediana, e não pela média, para se evitar as distorções decorrentes tanto do grande número de multas de valor zero como de altos valores de multas individuais aplicadas ao longo do tempo. Entende-se que a mediana é uma métrica mais razoável para se caracterizar a multa típica esperável por um gestor.

falecido foram condenados a pagar solidariamente o mesmo débito. Essa responsabilidade solidária dificulta a interpretação da mediana porque: (i) ao replicar o débito na base de dados, superestima a frequência de condenação; e (ii) indica o valor máximo ao qual todos estão expostos e não o valor a ser efetivamente pago por cada um.

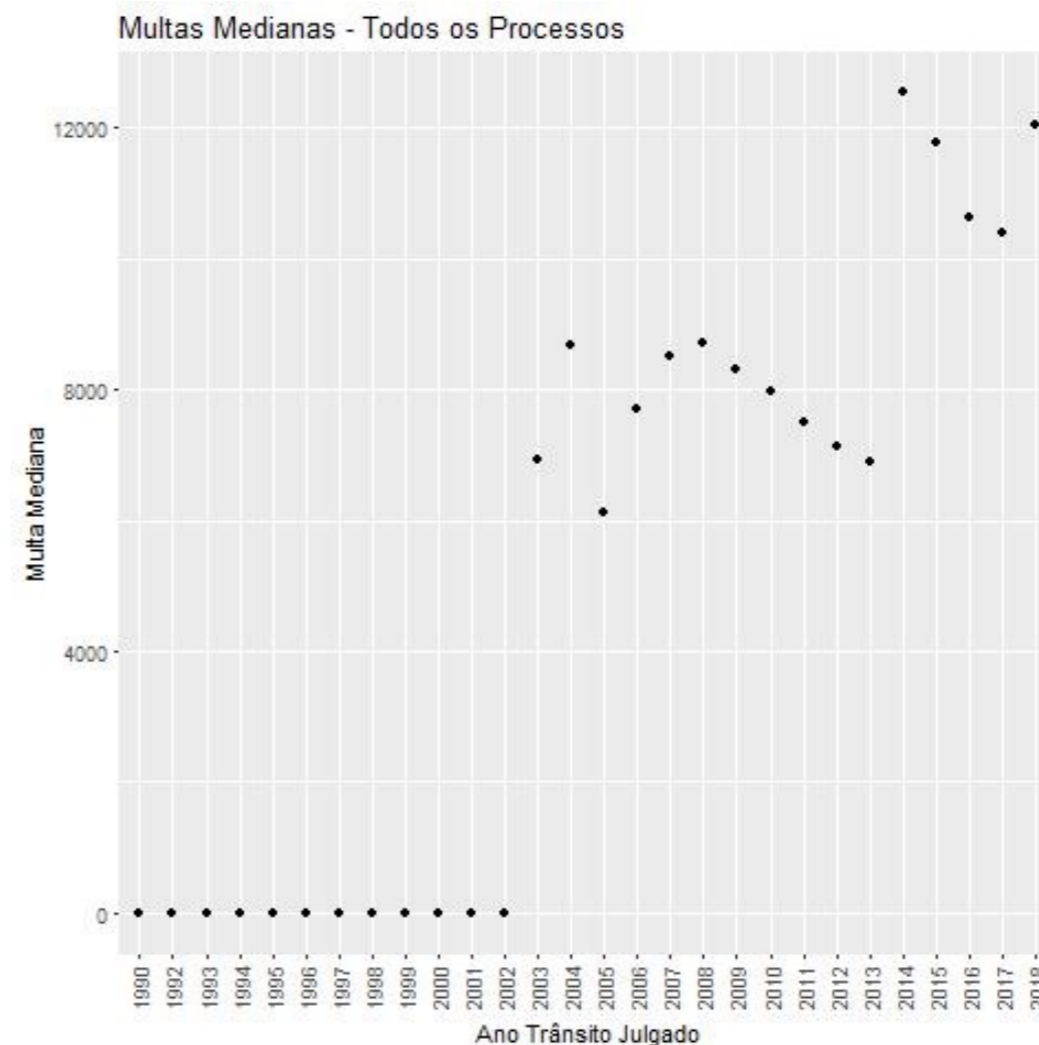
A segunda observação a ser feita é que os números indicados representam o valor atualizado do débito e não o valor original do dano. Em casos mais antigos, os juros superam consideravelmente o valor original do débito. Por exemplo, no já citado acórdão 1419/2014, o débito original seria de pouco mais de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), referentes a eventos ocorridos entre 2002 e 2003; com a atualização financeira, esse valor subiu, em 2018, para R\$ 533.648,00 (quinhentos e trinta e três mil seiscentos e quarenta e oito reais).

Assim, chega-se a uma segunda conclusão: o débito mediado, desde 2014, superou os R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais); ressalva-se, porém, que: (i) esse número pode representar débito solidário a ser dividido entre todos os condenados e (ii) parte substancial do valor decorre de atualização financeira do débito.

2.1.2. MULTA

Outra sanção comumente imposta pelo TCU é a multa individual, a qual está prevista, principalmente, no artigo 58 da Lei n. 8.443/92¹¹. Essa multa decorre da responsabilidade individual do agente por cometimento de ilícito listado no referido artigo, tais como infração a normas financeiras ou não atendimento a diligência do Tribunal. A multa aplicável é definida na lei e imposta de acordo com a gradação prevista no Regimento Interno¹².

Ainda valendo-se da mesma metodologia, o gráfico abaixo demonstra a mediana das multas aplicadas pelo TCU ao longo do período:



¹² Art. 268. O Tribunal poderá aplicar multa, nos termos do caput do art. 58 da Lei no 8.443, de 1992, atualizada na forma prescrita no § 1o deste artigo, aos responsáveis por contas e atos adiante indicados, observada a seguinte gradação:

- I – contas julgadas irregulares, não havendo débito, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 209, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante definido no caput deste artigo;
- II – ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante a que se refere o caput;
- III – ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante referido no caput;
- IV – descumprimento, no prazo fixado, sem causa justificada, à diligência determinada pelo relator, no valor compreendido entre cinco e cinquenta por cento do montante a que se refere o caput;
- V – obstrução ao livre exercício das auditorias e inspeções determinadas, no valor compreendido entre cinco e oitenta por cento do montante a que se refere o caput;
- VI – sonegação de processo, documento ou informação, em auditoria ou inspeção, no valor compreendido entre cinco e oitenta por cento do montante a que se refere o caput;
- VII – descumprimento de decisão do Tribunal, salvo motivo justificado, no valor compreendido entre cinco e cinquenta por cento do montante a que se refere o caput;
- VIII – reincidência no descumprimento de decisão do Tribunal, no valor compreendido entre cinquenta e cem por cento do montante a que se refere o caput.

¹³ Vide nota de rodapé n. 9.

¹⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 1419/2014. Tomada de Contas Especial n. 019.106/2011-4. Relatora Ministra Ana Arraes. Segunda Câmara. Sessão de julgamento de 08/04/2014.

¹¹ Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

- I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta Lei;
- II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;
- III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário;
- IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal;
- V - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas;
- VI - sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;
- VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.

Observa-se do gráfico que, nos primeiros anos, a mediana foi de zero. Isso não significa que o TCU não impôs multas; significa apenas que, em mais da metade dos casos, a multa foi de zero. Nota-se, ainda, que, desde 2014, a multa mediana variou de R\$ 10.390,00 a R\$ 12.534,00.

Assim, soma-se às conclusões já esboçadas por esse estudo que, desde 2014, a multa individual mediana tem girado em torno de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

2.1.3. OUTRAS SANÇÕES

A Lei n. 8.443/92 prevê, além da imposição de ressarcimento ao erário (débito) e da aplicação de multa, a possibilidade de o TCU afastar temporariamente o responsável de seu cargo¹⁴, declarar sua inidoneidade¹⁵, proceder ao arresto de seus bens¹⁶ e inabilitá-lo para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública¹⁷.

Para apurar as outras sanções impostas pela Corte de Contas, conforme já salientado na introdução dessa seção, expandiu-se o estudo e passou-se a analisar os dados das sanções adicionais registradas nos relatórios anuais do Tribunal¹⁸.

O gráfico abaixo oferece uma noção da ordem de magnitude de sanções adicionais¹⁹: de todos os casos julgados nos últimos cinco anos, há, anualmente, menos de duzentas ocorrências em que se impõem sanções adicionais específicas:

¹⁴Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

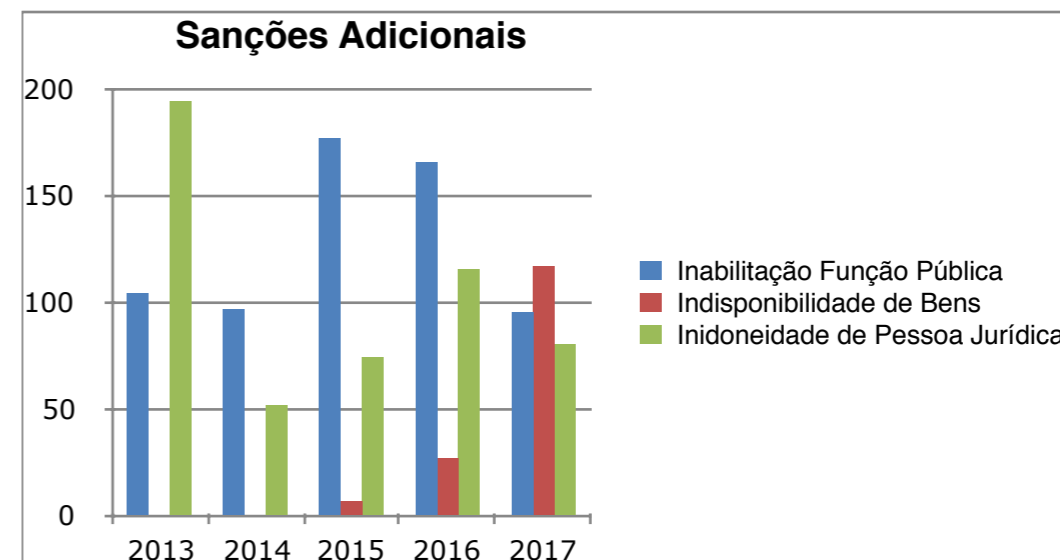
¹⁵ Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

¹⁶ Art. 61. O Tribunal poderá, por intermédio do Ministério Público, solicitar à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e sua restituição.

¹⁷ Art. 60. Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

¹⁸ Vide nota de rodapé n. 5.

¹⁹ Note-se que não há informação, nos relatórios de 2013 e 2014, sobre indisponibilidade de bens.



Diferentemente dos débitos e das multas, não se observa uma tendência clara nos dados. Não parece possível concluir, do gráfico acima, que o Tribunal esteja aumentando ou diminuindo, ao longo do tempo, o rigor no que se refere a sanções adicionais.

2.2. O QUE O TCU CONDENA?

A análise até agora realizada é quantitativa: descreve o “quanto” das sanções do Tribunal de Contas da União. Ela não descreve o “que” das sanções: quem foi sancionado e por qual conduta. Como o objetivo desse estudo é informar o gestor sobre os riscos que enfrenta, esse é, naturalmente, o passo seguinte. Para tanto, conforme explicado na introdução dessa seção, lançaremos mão da metodologia de amostragem²⁰.

O primeiro ponto de interesse que a análise da amostra busca atender refere-se ao tipo de irregularidade analisada pela Corte de Contas. Em outras palavras: o que foi feito de errado para justificar a sanção pelo Tribunal?

O gráfico abaixo demonstra as proporções identificadas na amostra selecionada:

²⁰ A amostra foi selecionada utilizando o seguinte procedimento: 1) foram ordenadas no tempo, de acordo com a data mais recente de trânsito em julgado, as condenações do CADICON; 2) seguindo a ordem cronológica, foi selecionado o primeiro caso em cada intervalo de 50 casos; 3) se um dos casos selecionados apresentava alguma inadequação, tal como confidencialidade ou impossibilidade de se obter um dado necessário, ele era retirado e outro caso era selecionado seguindo o espaçamento de 50 casos. Entende-se que este método permitiu a obtenção de uma amostra relativamente recente e sem grandes vieses de seleção pelos autores.

Tipo de Irregularidade amostra 30 casos



A categoria que aparece com maior frequência é a de licitações e contratações. Essa categoria envolve primariamente irregularidades no processo de seleção de contratados, como, por exemplo, dispensas indevidas de licitação e seleções fraudulentas. Problemas subsequentes à contratação, tais como ausência de comprovação de execução ou execução incompleta, são atribuídos a outras categorias.

Do ponto de vista da provisão de infraestrutura, essa observação é, simultaneamente, fonte de alívio e de preocupação. Por um lado, cerca de 70% das condenações identificadas referem-se a irregularidades formais e procedimentais. Isso significa que, se o gestor obedecer às regras de contratação e documentar adequadamente a prestação de contas, poderá minimizar significativamente seu risco de exposição. Por outro lado, a alta frequência de sanções relativas a licitações e contratações pode inibir seleções mais complexas.

Questões de infraestrutura envolvem dezenas de aspectos técnicos distintos, desde engenharia e ciências de materiais até finanças e direito. Portanto, idealmente, o gestor deveria (i) contratar especialistas para assessorá-lo na análise e na licitação do projeto; e (ii) selecionar projetos com base em critérios materiais distintos (qualidade, tecnologia, etc), e não apenas no menor preço. Pela legislação atual, essas duas alternativas requerem um comportamento heterodoxo do gestor: para contratação de especialistas para assessoramento, seria necessário contratar por inexigibilidade de licitação; já para não depender apenas de preço, a contratação exigiria a utilização de critérios não plenamente objetivos.

Se a frequência de condenações em matéria de licitações e contratações levar o gestor a ter receio de responsabilização, ele poderá tender a restringir a complexidade do

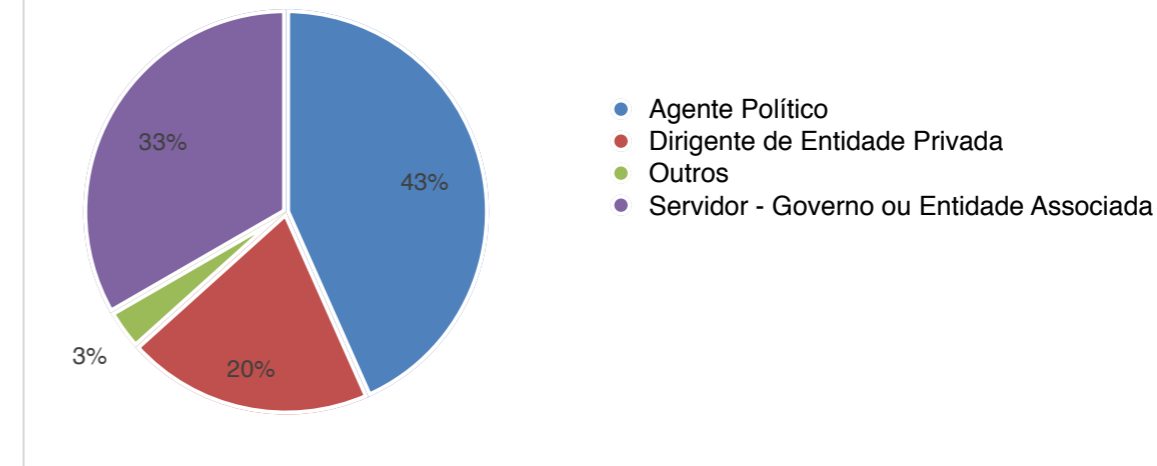
projeto. Ao invés de permitir que os licitantes ofertem projetos diferentes, ele poderá se inclinar a fixar um projeto básico e executivo para forçar uma licitação por preço. Ao invés de contratar assessoria técnica, ele pode estar propenso a ocultar a incapacidade de processamento da Administração. Todos esses fatores levarão à pior seleção de projetos e a uma provisão ineficiente de infraestrutura.

2.3. QUEM O TCU CONDENA?

Um segundo fator de interesse que surge da análise da amostra refere-se ao perfil da pessoa sancionada: quem o TCU tende a punir?

O gráfico abaixo indica o perfil de nossa amostra:

Agente Sancionado amostra 30 casos



O “*agente político*” indicado no gráfico refere-se a prefeitos e a secretários identificados na amostra. Optou-se por segregá-los dos demais servidores públicos por se entender que sua forma de acesso à decisão pública e seu nível de responsabilidade são distintos dos demais agentes estatais.

A expectativa original dos autores era de um gráfico bastante distinto, com predomínio de servidores no universo de agentes condenados. A amostra parece indicar, contudo, um risco maior do que o esperado para os agentes em altas posições da Administração Pública.

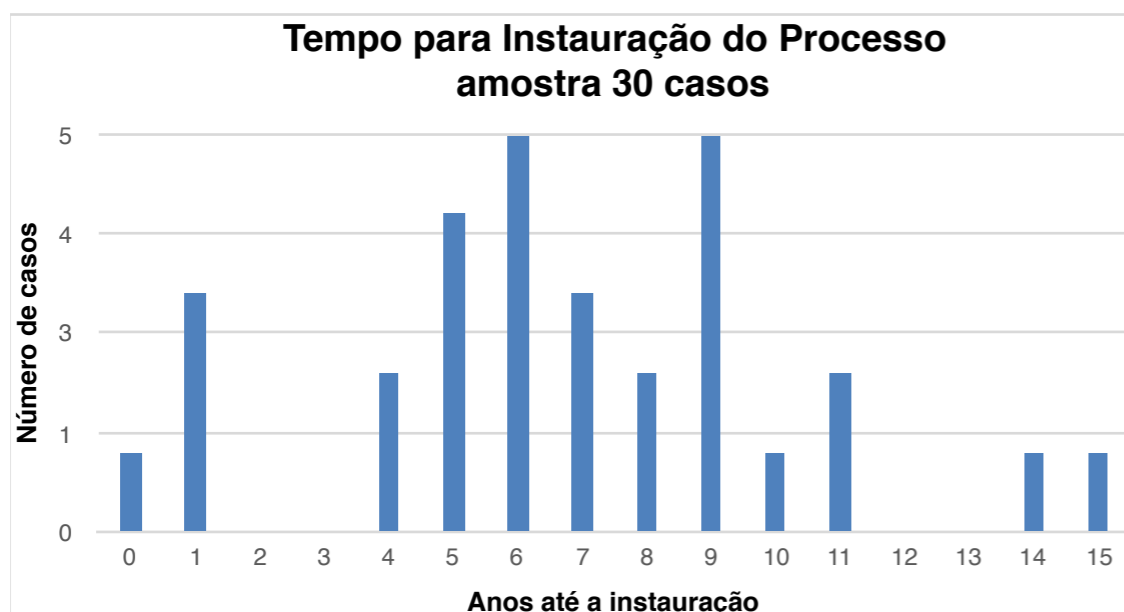
Essa amostra parece indicar risco especialmente considerável a prefeitos e, possivelmente, desestímulo à provisão de infraestrutura descentralizada do governo federal. Dadas a ausência de capacidade local e a probabilidade de responsabilização, há fundamentos para agentes regionais e municipais evitarem projetos de maior porte e complexidade.

2.4. QUANTO TEMPO O TCU DEMORA PARA CONDENAR?

A expectativa de passar anos sob a espada de Dâmoçles dos órgãos de controle pode ser um inibidor de condutas mais eficaz que a própria condenação de ressarcimento ao erário ou a imposição de multas. Assim, para finalizar esta seção, cabe observar tanto o lapso entre a ocorrência da irregularidade e a instauração do processo, quanto o tempo de tramitação do processo até seu trânsito em julgado.

2.4.1. TEMPO ENTRE A IRREGULARIDADE E A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO

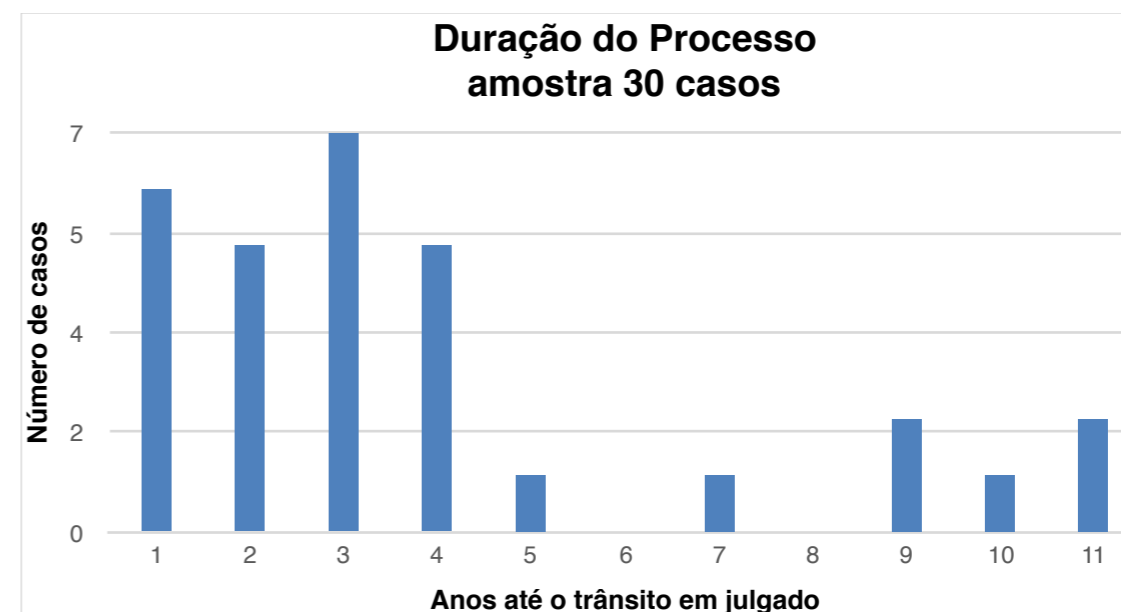
O gráfico abaixo indica a distribuição do intervalo compreendido entre a data da ocorrência do dano e a da instauração do processo:



Observa-se que a média para a instauração de processos quase atinge a marca dos 7 (sete) anos²¹. Isto significa dizer que, após a ocorrência de uma irregularidade, o Tribunal de Contas da União leva, em média, 7 (sete) anos para iniciar o processo. Em termos práticos, o gestor pode se ver obrigado, por exemplo, a comprovar a regularidade de uma obra de infraestrutura concluída há mais de meia década.

2.4.2. TEMPO DE TRAMITAÇÃO DO PROCESSO

O gráfico abaixo indica a distribuição de tempo de duração do processo na amostra selecionada²²:



A maior parte dos casos analisados foi concluída em até quatro anos; por outro lado, 20% dos casos levaram oito ou mais anos até o trânsito em julgado. Um gestor com receio de responsabilização pode atribuir peso significativamente maior a estes 20% e decidir evitar uma decisão formalmente correta, mas materialmente heterodoxa.

²¹ 6 (seis) anos 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias.

²² A definição do número de anos até trânsito em julgado empregou os seguintes passos: (i) para cada processo, considerou-se que ele começou no ano registrado em seu número processual; (ii) diminuiu-se, do ano de trânsito em julgado, o ano registrado no número processual. Esta metodologia é reconhecidamente imperfeita: um caso iniciado em 31/12/2017 e transitado em julgado em 01/01/2018 teria a mesma duração que um caso iniciado em 31/01/17 e transitado em julgado em 01/05/18. Para os fins desta análise inicial, e considerando a ausência de dados mais estruturados, entendeu-se que essa opção seria suficientemente informativa.

2.5. CONCLUSÕES DA SEÇÃO

A análise realizada até agora permite inferir as seguintes conclusões sobre o comportamento recente do Tribunal de Contas da União:

- (i)* a frequência de condenações transitadas em julgado subiu de 250/ano, em 2000, para mais de 1.500/ano, após 2007;
- (ii)* desde 2014, o débito mediano foi da ordem de mais de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), ressalvando-se que a condenação pode ser solidária e que a atualização financeira representa parte substancial do valor;
- (iii)* desde 2014, a multa individual mediana tem sido em torno de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
- (iv)* irregularidades em licitações e prestações de contas estão entre as causas mais frequentes de condenação;
- (v)* agentes políticos podem ser os agentes com maior risco de responsabilização; servidores podem estar em segundo lugar;
- (vi)* processos podem levar, em média, sete anos para serem instaurados;
- (vii)* processos tendem a ser concluídos em menos de cinco anos, podendo se estender, em alguns casos, a mais de oito anos.

3. SOB O MICROSCÓPIO: ANATOMIA DO CASO CONCRETO

Após as análises estatísticas e as conclusões sobre os grande números do Tribunal de Contas da União já esboçadas, dedicaremos esta seção ao exame de alguns casos concretos para

ilustrar como funciona o procedimento da Corte de Contas.

A narrativa visa expor, de maneira sucinta, as razões de fato e de direito que fundamentaram as condenações, além de permitir a identificação do “a que”, “o que” e “quem” o TCU condena e “quanto tempo” leva para condenar.

3.1. ACÓRDÃO 7603/2017

Processo n. 010.484/2014-0

Relator: Ministro Aroldo Cedraz

Órgão julgador: Segunda Câmara

Natureza do processo: Tomada de Contas Especial

A que: Débito (valor histórico - R\$ 836.326,98)

O que: Inexecução de Convênio

Quem: Ex-prefeito

Quanto tempo: 14 anos entre o dano e a instauração do processo; 4 anos em tramitação, ainda sem trânsito em julgado.

Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada em razão da constatação de irregularidades na execução do Convênio n. 619/1999/FNS, celebrado entre a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) e o Município de Linhares - ES, para a construção de uma estação de tratamento sanitário e quatro estações elevatórias.

O Acórdão 7.603/2017 é fruto do julgamento do recurso de reconsideração do ex-prefeito do Município de Linhares, Sr. Guerino Luiz Zanon, único demandado nos autos do processo n. 010.484/2014-0.

Segundo o Ministro Aroldo Cedraz, Relator do processo, a execução da obra conveniada se deu em desacordo com as especificações estabelecidas no projeto de construção do sistema de esgotamento sanitário; os vícios encontrados comprometeram a segurança e inviabilizaram a operação do próprio sistema.

A Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União entendeu, por unanimidade, que o ex-prefeito, embora leigo, deveria atentar-se para a regularidade da execução de obra de grande porte para os padrões da cidade que administrava. Na qualidade de ordenador de despesas, comprometido com a gerência proba e eficiente, era exigível do demandado que notasse os vícios aparentes da licitação; neste sentido, estava obrigado a,

ao menos, conferir o valor e a descrição dos itens mais significativos para a execução do projeto.

Além disso, a Corte de Contas entendeu como causas para a condenação (i) o fato de o gestor ter subscrito relatório de cumprimento do objeto do ajuste e atestado, falsamente, que as obras e serviços foram integralmente executados de acordo com as normas técnicas vigentes e (ii) a não adoção de medidas de conservação das estruturas do sistema de esgotamento sanitário que restou em degradação do patrimônio municipal.

Em consequência, o ex-prefeito foi condenado ao pagamento do débito no valor histórico de R\$ 836.326,98 (oitocentos e trinta e seis mil trezentos e vinte e seis reais e noventa e oito centavos).

Importante pontuar que no acórdão recorrido foi imposta, ao ex-prefeito, a multa no valor de R\$ 473.000,00 (quatrocentos e setenta e três mil reais). Após o recurso de reconsideração interposto pelo demandado, a Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União reconheceu a prescrição da pretensão punitiva, tão somente em relação à multa, em razão do lapso temporal entre o dano e a instauração do processo - 14 anos - e reformou parcialmente o acórdão para afastar a aplicação da referida sanção.

3.2. ACÓRDÃO 836/2012

Processo n. 014.560/2008-3

Relator: Ministro Augusto Nardes

Órgão julgador: Plenário

Natureza do processo: Relatório de Levantamento

A que: Multa (R\$ 5.000,00)

O que: Omissão frente ao dever de agir

Quem: Ex-Diretora de Engenharia da Infraero

Quanto tempo: 1 ano entre o dano e a instauração do processo; 6 anos de tramitação.

Trata-se de Relatório de Levantamento de Auditoria, instaurado em razão de irregularidades na execução do Contrato 067-EG/2004/0023, celebrado entre a Infraero e o Consórcio Camargo Corrêa, Mendes Júnior, Estacom, para execução de obras de ampliação e melhorias do complexo do Aeroporto de Vitória - ES.

O Acórdão 836/2012 é fruto do julgamento do recurso de reconsideração interposto pela Sra. Eleuza Terezinha dos Santos Lores, ex-Diretora de Engenharia da Infraero, em face de decisão anterior do Tribunal que lhe impôs multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Para compreender a irregularidade atribuída à recorrente, faz-se necessária uma breve síntese fática do caso.

Em 2007, as obras no Aeroporto de Vitória foram alvo de medida cautelar, determinada pelo Tribunal de Contas da União, para retenção, até manifestação de mérito da Corte, de percentual dos futuros pagamentos em razão de indícios de sobrepreço e superfaturamento.

O Consórcio alegou, então, que as retenções configuravam descumprimento do contrato por ofensa ao ato jurídico perfeito e por quebra de garantia da manutenção do equilíbrio financeiro e, assim, solicitou a suspensão do contrato - em razão de descumprimento contratual por parte da Infraero²³ - até que todas as questões fossem devidamente decididas.

Em resposta, a demandada, ex-Diretora de Engenharia da Infraero, comunicou que o pleito não poderia ser atendido, mas, concomitantemente, o Consórcio anunciou a suspensão das obras devido à extrema insegurança jurídica.

Ao longo de 2007, diversas consultas foram formuladas pelos dirigentes da Infraero – tanto para a procuradoria interna, quanto para o Tribunal de Contas da União – a respeito das medidas a serem tomadas ante a suspensão das obras.

Em 2008, o Consórcio ingressou com ação ordinária contra a Infraero e, em 2009, as partes rescindiram judicialmente o contrato.

O Tribunal de Contas da União imputou à recorrente, nos autos do processo n. 014.560/2008-3, irregularidade por não ter aplicado as devidas sanções ao Consórcio em razão da suspensão das obras.

O Plenário da Corte de Contas entendeu que, como não havia motivo legal para paralisação da obra por decisão unilateral do Consórcio, a recorrente tinha dever, condições e competência para agir, mas foi omissa. Dever porque era Diretora de Engenharia da Infraero. Condições porque possuía amparo no ordenamento jurídico e em deliberações do Tribunal de Contas da União. Competência porque os gestores de contratos são competentes para aplicar sanções de advertência e multa e porque lhe foi delegada competência²⁴ para aplicação de suspensão do direito de licitar e contratar com a Infraero, conforme previsto no artigo 87, inciso III, da Lei n. 8.666/93²⁵.

²³ Entendia o Consórcio que as retenções caracterizavam atraso de pagamento superior a noventa dias, assim, com amparo no artigo 78, inciso XV, da Lei 8.666/93, seria facultado ao contratado a suspensão da execução da obra.

²⁴ Atos Administrativos n. 2.006/PR/2005 e 206/PR/2007

²⁵ Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

Assim, como todas as iniciativas da demanda não surtiram efeito, entendeu-se que havia obrigação de tomar providências que, dentro dos limites legais, obrigassem a contratada a retomar a execução dos serviços ou a rescindir o contrato. Considerou-se que a conduta omissiva da demandada era ainda mais reprovável porque a obra de ampliação e melhoria do Aeroporto de Vitória estava inserida no Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, ou seja, porque era obra prioritária para o país.

Por estas razões, o Plenário do Tribunal de Contas da União, com amparo no artigo 58, inciso II, da Lei n. 8.443/92²⁶, aplicou à recorrente multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

3.3. ACÓRDÃO 8.106/2014

Processo n. 004.845/2010-2

Relator: Ministro José Múcio Monteiro

Órgão julgador: Primeira Câmara

Natureza do processo: Tomada de Contas Especial

A que: Multa (R\$ 7.000,00)

O que: Falha na execução de Convênio

Quem: Engenheiro da obra

Quanto tempo: 2 anos entre o dano e a instauração do processo; 8 anos em tramitação, ainda sem trânsito em julgado

Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada em razão de irregularidades na execução do Convênio n. 092/PCN/2006, celebrado entre o Ministério da Defesa e o Município de Manuel Urbano (AC), para a pavimentação de vias e a construção de porto.

O foco desta análise recairá, eminentemente, sobre a manifestação do Tribunal de Contas da União em relação à atuação do engenheiro do projeto, Sr. Giulliano Ribeiro da Silva.

Após apresentação das alegações de defesa, a Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União condenou o engenheiro, em solidariedade com outras pessoas físicas e a empreiteira contratada, ao pagamento de débito no valor histórico de R\$ 123.883,00. Imputou-lhe, ainda, a multa de R\$ 10.000,00²⁷.

²⁶ Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:
II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

²⁷ Note-se que, após interposição de recurso de reconsideração, esta decisão será reformada pelo Tribunal de Contas da União.

Contra essa decisão, o engenheiro interpôs recurso de reconsideração, cujo julgamento resultou no acórdão 8.106/2014, ora analisado.

Nos autos, o relator, Ministro José Múcio Monteiro, destoou da unidade técnica ao entender que a responsabilidade solidária pelo débito deveria ser afastada do engenheiro, pois, na hipótese vertente, inexistiria nexa causal entre sua conduta e o dano. O entendimento do relator, acompanhado pelos outros Ministros da Câmara, foi de que o recorrente, responsável apenas pelas medições da obra, não possuía meios de averiguar os danos - que foram considerados ocultos - e, assim, evitar o prejuízo ao erário. Portanto, a responsabilidade solidária pelo débito foi atribuída, tão somente, à empresa contratada e aos gestores.

Foi constatado, contudo, que o engenheiro assinou o termo de recebimento da obra “sem que reunisse condições técnicas para fazê-lo”, atestando, desse modo, que a construção fora entregue em perfeito estado. Após fiscalização do Ministério da Defesa, porém, o recorrente emitiu relatório técnico apontando diversas irregularidades, falhas e inúmeros problemas na construção. Esta conduta foi interpretada pelo Tribunal como tentativa de ludibriar o controle interno e externo. Ainda assim, na reforma do acórdão, a Turma reduziu a multa anteriormente aplicada ao recorrente, resultando no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), com fundamento no artigo 58, inciso III, da Lei n. 8.443/92²⁸.

Importante chamar atenção, por fim, para duas consignações do Tribunal de Contas da União no caso concreto: (i) entendeu a Corte que, apesar de a obra ter sido entregue e os recursos integralmente aplicados, as falhas apresentadas comprometeram a utilidade do objeto executados e seus benefícios para a população do município; (ii) após a detecção dos problemas pelo Ministério da Defesa (concedente), a empresa firmou termo de compromisso para reparação dos defeitos, porém, o acordo não foi cumprido; a Corte, então, afirmou expressamente que “toda a questão poderia se resolver contratualmente, sem a necessidade de instauração de tomada de contas especial, com a devida vantagens para todos os envolvidos”; porém, como o problema não foi resolvido contratualmente e foi instaurado tomada de contas especial, a construtora e os gestores municipais foram condenados, em solidariedade, ao ressarcimento ao erário.

²⁸ Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:
III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário.

4. PRAZOS PRESCRICIONAIS: DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E SUA INFLUÊNCIA NO TCU

O artigo 37, §5º, da Constituição Federal prevê que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Em razão deste artigo, os Tribunais entendem que, uma vez identificado o prejuízo ao erário - mesmo que meramente presumido - as demandas, de qualquer natureza, para apurar o dano e reaver o prejuízo são imprescritíveis.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm apreciado uma série de demandas que questionam a referida imprescritibilidade. Estas decisões provenientes de Cortes Superiores têm impacto inclusive no Tribunal de Contas da União.

Por isso, selecionamos dois julgados do STF e um do STJ para demonstrar como tem-se aprimorado a interpretação do referido artigo constitucional e, com isso, analisaremos o impacto destas decisões no âmbito do Tribunal de Contas da União.

4.1. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

4.1.1. A PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DECORRENTES DE ILÍCITO CIVIL

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 669.069/MG pela sistemática da repercussão geral (tema 666²⁹), fixou a tese de que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

Apesar de a redação do tema 666 sugerir que o STF fixaria tese sobre as ações de ressarcimento por danos decorrentes de ato de improbidade administrativa, o Plenário concluiu que o tema ainda não estava maduro o suficiente para fixar tese sobre este particular. Então, os Ministros concordaram que, em oportunidade futura, quando o caso concreto afetado pela repercussão tratar especificamente sobre improbidade administrativa, se debruçarão sobre o tema para fixar tese apropriada.

Após os recortes sobre o tema em debate, o Plenário consignou que é necessário delimitar a abrangência do fragmento final do supracitado artigo 37, §5º, da Constituição

Federal. Concluiu que não é adequado que a imprescritibilidade tenha um alcance ilimitado ou limitado apenas pelo conteúdo material da pretensão exercida (ressarcimento) ou pela causa remota que deu origem ao prejuízo ao erário (ato ilícito *lato sensu*).

Assim, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro tem a prescritibilidade como princípio, entendeu-se que o sentido atribuído aos ilícitos referidos pelo artigo 37, §5º, não inclui os ilícitos civis.

Apesar de o Plenário não ter definido expressamente o que são os ilícitos civis, dos debates dos Ministros, pode-se concluir, a *contrario sensu*, que são aqueles de natureza não penal e não administrativa, incluindo também os atos de improbidade.

Assim, por maioria, fixou-se a tese de que são prescritíveis as ações de reparação de danos à Fazenda Pública decorrentes de ilícitos civis e, ainda, deixou-se em aberto a discussão sobre a prescritibilidade ou não das ações de ressarcimento de danos à Fazenda Pública decorrentes de improbidade administrativa.

4.1.2. A PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DECORRENTES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme já sinalizado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal voltaria a discutir a abrangência do artigo 37, §5º, da Constituição Federal, mais especificamente abordando o tema sob a ótica das ações de ressarcimento de danos à Fazenda Pública decorrentes de improbidade administrativa.

A reabertura da discussão se deu no julgamento do RE 852.475/SP pela sistemática da repercussão geral (tema 897³⁰). Em acórdão ainda não publicado, os Ministros, em apertada maioria³¹, fixaram a tese de que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

Apesar de ainda não conhecermos os exatos termos do acórdão, pode-se concluir, pela redação da tese, que são prescritíveis apenas as ações de ressarcimento de danos à Fazenda Pública decorrentes de ato de improbidade culposos. Isto engloba, tão somente,

³⁰ São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa

³¹ Pela imprescritibilidade (tese vencedora): Ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Ministras Carmén Lúcia e Rosa Weber. Pela prescritibilidade (tese vencida): Ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

os atos de improbidade administrativa enquadrados no artigo 10, da Lei n. 8.429/92³², única hipótese que admite a culpa.

Se, eventualmente, um ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito (art. 9º) ou atenta contra os princípios da administração (art. 11) também causar prejuízo ao erário, a ação de ressarcimento será imprescritível, isto porque o enquadramento nestas espécies de improbidade exige a conduta dolosa do agente.

4.1.3. INVERSÃO DA LÓGICA DE PRESUNÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.480.350/RS³³, fixou tese de que a Administração tem prazo de 5 (cinco) anos para acionar ex-prefeito, por meio de Tomada de Contas Especial no Tribunal de Contas da União, para comprovar a regular aplicação de verbas federais repassadas ao município; ao final deste prazo, somente poderá ser ajuizada eventual ação de ressarcimento perante o Judiciário, esta sim imprescritível.

E qual a importância de reconhecer a prescritibilidade das Tomadas de Contas Especiais se as ações de ressarcimento perante o Judiciário são imprescritíveis?

Em sede de Tomada de Contas Especial, cabe aos demandados o ônus de provar a regularidade da aplicação dos recursos. Se prevalece a interpretação de que, por força do artigo 37, §5º, da Constituição Federal, este tipo de demanda é imprescritível, o gestor se torna obrigado a provar a adequada aplicação de verbas públicas por tempo indeterminado.

Nas ações judiciais, ao contrário, quem pleiteia o ressarcimento deve provar o efetivo prejuízo ao erário. Nestes casos, a Administração, ao identificar alguma irregularidade, deve provar o efetivo dano, demonstrando, ao Judiciário, o nexo entre a conduta do gestor e o prejuízo ao erário.

Neste sentido, pode-se falar, então, de inversão da lógica de presunção de prejuízo ao erário: durante os cinco primeiros anos após o ato, o gestor deve permanecer apto a provar a boa e regular aplicação dos recursos; após este tempo, a Administração deve

provar o efetivo dano, ao gestor cabendo, tão somente, rebater os argumentos e desconstituir as provas produzidas pela Administração.

4.2. A REPERCUSSÃO DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO TCU

Os julgamentos supracitados, por provirem de Tribunais Superiores, fomentaram as discussões sobre prescrição no âmbito do Tribunal de Contas da União.

Após o julgamento do EREsp 1.480.350/RS pelo Superior Tribunal de Justiça (item 4.1.3), o Plenário da Corte de Contas debateu o tema em incidente de uniformização de jurisprudência³⁴.

Na oportunidade, consignou-se que a pretensão punitiva do Tribunal subordina-se ao prazo de 10 (dez) anos, contados da data de ocorrência da irregularidade, conforme dispõem os artigos 189³⁵ e 205³⁶ do Código Civil.

Este prazo, entretanto, refere-se tão somente às sanções, como a multa. O ressarcimento ao erário, o que chamamos de débito ao longo deste trabalho, é considerado imprescritível nos termos do artigo 37, §5º, da Constituição Federal. Isto porque o débito não é considerado uma sanção propriamente dita, mas apenas uma imposição de reestabelecimento do *status quo* anterior.

Após os julgamentos das repercussões gerais pelo Supremo Tribunal Federal (itens 4.1.1. e 4.1.2), o Tribunal de Contas firmou jurisprudência no sentido de que as teses fixadas pelo Corte Constitucional não atingiram os processos sob jurisdição do TCU.

Entendeu-se que as matérias alcançadas pelos julgamentos do STF foram, apenas, os prejuízos decorrentes de ilícitos civis (tema 666) ou de improbidade administrativa (tema 897). Não se alcançou os prejuízos decorrentes da irregular gestão de recursos públicos, matéria sob jurisdição do Tribunal de Contas da União³⁷.

Assim, atualmente, o Tribunal de Contas da União apenas reconhece a prescrição de sua pretensão punitiva no prazo de 10 (dez) anos contados da data da ocorrência da irregularidade para aplicação de sanções. Em casos de dano, o ressarcimento ao erário – imposição de débito, portanto – é considerado imprescritível.

³⁴ ADM 030.926/2015-7. Acórdão 1441/2016 – Plenário.

³⁵ Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206

³⁶ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

³⁷ TCE 028.640/2007-0 - Acórdão 15677 – Primeira Câmara.

³² Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

³³ STJ - Primeira Turma - rel. Min. Benedito Gonçalves - EREsp 1.480.350/RS - d. j. 05.04.2016 - j. por unanimidade - DJe 12.04.2016

5. CAMINHOS DE ENFRENTAMENTO

Tendo em vista o cenário indicado nas seções anteriores, surge nova questão de interesse: o que deve ser feito?

Esta seção visa a ilustrar os caminhos que podemos seguir. Alguns dos encaminhamentos são claramente contraditórios em relação a outros.

Não há defesa específica de nenhum desses encaminhamentos, apenas busca-se identificar as medidas a serem tomadas caso a sociedade brasileira escolha determinada abordagem. A lógica é aprimorar a interação entre órgãos de controle e gestores, independente de qual seja a concepção e interpretação adotadas a respeito da situação atual.

5.1. MANUTENÇÃO DO *STATUS QUO*

A primeira perspectiva é que a situação observada não configura um problema. Sob esta concepção, os órgãos de controle apenas estão fazendo seu trabalho em vigiar e punir o descaso com a gestão pública. Eventuais medidas que contenham esta atuação resultariam em prejuízo ao interesse público. Assim, seria necessário manter o *status quo*.

Não se nega, necessariamente, que a atuação do controle gere incerteza e angústia aos gestores, mesmo aqueles honestos. Porém, estas insegurança e apreensão seriam mitigadas por três fatores.

O primeiro fator é a necessidade de assentar metodologias, precedentes e práticas. A incerteza existente pode advir da ambiguidade de interpretações sobre o que seria um ato probo e adequado em determinada situação. A atuação do órgão de controle, inclusive por meios punitivos, pode forçar o debate social sobre determinado tema e deixar mais claros os padrões que serão usados para se considerar a conduta do gestor como aceitável. Este é o caso, por exemplo, da obrigação de prestação de contas. Alguns gestores podem entender que, tendo aplicado recursos de maneira adequada, não deveriam se preocupar em demonstrar publicamente a regularidade da aplicação. Entretanto, os órgãos de controle, ao demandar tal prestação e punir omissões, podem ajudar a estabelecer o padrão da obrigatoriedade de prestar contas, inculcando, nos gestores, a ideia da necessidade e importância desta prestação.

O segundo fator é que a atuação dos órgãos de controle tende a ser mais agressiva nos casos em que o gestor carece de experiência e técnica. E estas seriam, justamente, as hipóteses em que a sociedade demanda controle externo firme.

Temas de infraestrutura e obras ilustram claramente essa dinâmica. O acompanhamento de processos de concessão força os gestores a demonstrarem suas premissas e indicar com clareza os fundamentos usados para decidir o formato do contrato. Quando o processo funciona bem, um gestor competente é capaz de demonstrar a adequação de sua análise e de superar o escrutínio do controle apenas com eventuais discordâncias menores. Quando o processo funciona mal, o gestor inepto ou mal intencionado tende a sofrer maior incerteza e potencial punição pelos órgãos de controle. Os efeitos mais graves da atuação do controle são sentidos justamente quando são mais necessários.

O terceiro fator é a simples utilidade do temor imposto sobre o gestor que cogite atuar com intenções escusas ou em áreas que não possua competência profissional. A lógica é que criar entraves à ação pública não é necessariamente um problema, principalmente quando a opção é uma ação pública irregular e custosa aos cofres públicos.

A aceitação dessa postura não significa que não se reconheça os potenciais efeitos negativos. O zelo do órgão de controle pode resultar, em situações específicas, na não tomada de decisões. Decisões relevantes para o país podem levar mais tempo para serem tomadas dada a necessidade de demonstração minuciosa da adequação da escolha.

Esses efeitos negativos podem ser mitigados, mesmo em uma abordagem que privilegie o papel do controle e não reduza seu nível atual de assertividade. Entre possíveis propostas para tal mitigação, citam-se:

- Consolidação de procedimentos: o órgão de controle pode ilustrar e divulgar com clareza a conduta específica esperada do gestor. É o que o Tribunal de Contas da União já faz, por exemplo, com as suas orientações de licitações e contratos³⁸;
- Fixação de premissas de mérito: identificar premissas básicas comuns utilizadas em processos de decisão e identificar quais são de aceitação consolidada; um exemplo seria de uma metodologia específica para a definição do custo de capital para um projeto;
- Elaborar *checklists*: especificar, em formato curto e direto, a lista de itens a serem observados e marcados a fim de o gestor assegurar-se que não estaria infringindo alguma norma ou padrão imposto.
 - Na lógica do que foi pontuado no item 2.3, esses *checklists* poderiam ser utilizados tanto como instrumento auxiliar dos órgãos de controle

³⁸ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Licitação e contratos: orientações e jurisprudência do TCU - 4 ed. rev., atual. e ampl. - Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/download.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>. Acesso em: 26 de janeiro de 2019.

interno/externo dos Estados e Municípios quanto como parâmetro de boas práticas a serem seguidas pelos gestores;

- Aceleração das punições por não cumprimento: proximidade temporal entre conduta e reação do controle potencializa o caráter educativo da punição, deixando clara a relação entre ação e consequência e divulgando a necessidade de correção.

5.2. ACOMODAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA AO NOVO MARCO LEGAL INTRODUZIDO PELA LEI N. 13.655/18

Em 25 de abril de 2018, foi promulgada a Lei n. 13.655, que alterou a tradicional Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42). Esse novo marco legal pode representar, *a priori*, uma redefinição dos parâmetros normativos de responsabilização dos administradores.

Contudo, a modificação formal dos textos legais não garante a efetiva transformação da realidade normativa, que depende primordialmente da interpretação viva e fluida que lhes é conferida pelos tribunais pátrios à luz da análise de casos concretos.

A depender da forma como se der a utilização desses novos dispositivos orientadores da aplicação do direito, é possível que ocorra uma apreciação mais contextualizada dos atos supostamente irregulares investigados pelos órgãos de controle.

Isso possivelmente conferirá maior grau de segurança jurídica ao ordenamento como um todo e, por consequência, de previsibilidade para subsidiar a tomada de decisão pelos gestores públicos.

Diante do cenário posto, é crível que uma acomodação, pela jurisprudência pátria, acerca das alterações promovidas pela Lei n. 13.655/18 pode influenciar positivamente no processo de tomada de decisão pelos gestores e, desta forma, possivelmente reduzir obstáculos ao desenvolvimento da infraestrutura.

5.3. PREVISIBILIDADE TEMPORAL

Outra perspectiva é que a dificuldade encontra-se não necessariamente na firmeza e na assertividade do controle, e sim no seu tempo. A lógica é de prover segurança a todos: uma decisão, seja contrária ou favorável, deve acontecer dentro de um intervalo previsível. Agentes públicos e privados não devem ser mantidos em um limbo de incerteza que suspenda a capacidade de tomar decisões.

No âmbito de punições, esta perspectiva é compatível com a evolução do comportamento da Comissão de Valores Mobiliários - CVM e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Ambas as entidades têm função de controle, tanto preventivo quanto repressivo. Nos dois casos, o controle preventivo dedica-se a evitar um prejuízo maior a interesses públicos difusos de grande relevância: a integridade dos mercados de capitais, a proteção a investidores, a concorrência como mecanismo de alocação eficiente de recursos e a promoção dos interesses de consumidores.

Tanto no caso da CVM, quanto no do CADE, há reconhecimento de que as ações de controle, preventivas e repressivas, devem ser realizadas em tempo hábil, sob pena de ainda causar maior prejuízo aos interesses públicos protegidos.

A CVM editou a Instrução n. 400/03 que dispõe sobre ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários. O artigo 8º desta Instrução prevê que “[a] terá 20 (vinte) dias úteis, contados do protocolo, para se manifestar sobre o pedido de registro acompanhado de todos os documentos e informações que devem instruí-lo, que será automaticamente obtido se não houver manifestação da CVM neste prazo”.

Nota-se, assim, que a CVM definiu explicitamente que sua função de controle deve ocorrer dentro de um prazo específico³⁹. O entendimento implícito é que a demora no trâmite de controle pode causar mais dano do que a eventual irregularidade que seria corrigida pela comissão.

No caso do CADE, observa-se que o grande avanço institucional das última décadas do direito antitruste brasileiro foi, exatamente, a instauração da aprovação automática de fusões e aquisições por decurso de tempo. Antes da Lei n. 12.529/11, o CADE poderia postergar indefinidamente a tomada de decisão sobre um ato de concentração econômica. A consequência era a manutenção de operações milionárias em ambiente de incerteza e, ainda, grande dificuldade em reverter as operações consolidadas.

Com a Lei n. 12.529/11, o CADE teve de rever seu sistema de análise de atos de concentração. A decisão final da autarquia passou a ter de ser proferida em 240 (duzentos e quarenta) dias da apresentação do ato⁴⁰. Esta alteração veio acompanhada da exigência de que a operação não seja concretizada até a decisão final do CADE em controle prévio de concentrações. Na prática, o poder da autarquia aumentou: ao invés de ter de rever operações consolidadas após anos, o CADE passou a decidir, de forma rápida, sobre uma situação concreta antes que seus efeitos se estabilizem.

³⁹ Contado a partir da apresentação de todos os documentos (art. 8º, parágrafo único), e passível de interrupção uma única vez (art. 9º).

⁴⁰ Prorrogável em circunstâncias específicas por 60 ou 90 dias (art. 88, §9º).

Sob o ponto de vista repressivo, nota-se que o CADE também observa claras restrições temporais ao seu poder de punição. A ação punitiva prescreve em 5 (cinco) anos⁴¹ ou, no caso de ações que também constituam crime, no prazo da lei penal. A lei prevê, ainda, prescrição intercorrente caso ocorra paralisação processual por período de 3 (três) anos⁴².

O que estas experiências demonstram é que é plenamente plausível o estabelecimento de parâmetros temporais objetivos para a atividade de controle sem prejudicar a capacidade de preservação do interesse público.

A necessidade de se tomar decisões rápidas pode ter, inclusive, efeito mais expressivo. Isso porque se assegura que a atuação estatal ocorra em tempo hábil para prevenir maiores danos e para reverter situações irregulares antes de sua consolidação.

A proximidade temporal entre condutas e ações de controle também reduz a incerteza sobre a punição, fator essencial para o seu efeito dissuasório, e evita a diluição ao longo do tempo do peso da sanção. Afinal, uma pena ocorrida 5 (cinco) anos após a conduta não possui o mesmo impacto que uma pena aplicada imediatamente após a conduta.

Do ponto de vista da provisão de infraestrutura, uma fixação mais precisa do tempo da ação de controle oferece segurança, agilidade e previsibilidade para o gestor. Saber que uma decisão de acompanhamento ocorrerá em um prazo de tempo pré-determinado facilita o planejamento de cronogramas de concessões. Saber que uma decisão sobre uma cláusula contratual não será revista anos depois prevê segurança para todas as partes envolvidas; saber que não haverá punição por uma decisão de vinte anos atrás confere segurança a gestores para não se esconderem sob decisões mais confortáveis - e menos eficientes.

Nesta perspectiva, medidas adequadas para promover maior previsibilidade no controle e segurança para o gestor envolveriam:

- Fixação, em lei, de um momento concreto de prescrição da ação sancionatória: prever um momento objetivamente identificável para que a persecução de uma conduta seja considerada prescrita. A lógica seria de assegurar estabilidade a

situações independentemente de fatores subjetivos e disputáveis tal como *dolo* ou *momento em que o fato for conhecido*.

- Fixação de prescrição intercorrente: como notado anteriormente⁴³, há casos que se arrastam anos sem decisões. Esta incerteza constitui em si uma pena acessória sobre o gestor público. A fixação de prazo limite para conclusão de um processo assegura às partes que a incerteza terá um fim, seja ele favorável ou contrário ao investigado. Para evitar incentivos à protelação em busca da prescrição, este prazo pode ser suspenso quando dependente de ações do investigado.
- Fixação de *momentos* - limite de reversão de ações administrativas: o estabelecimento de um prazo após o qual a ação governamental será consolidada assegura a servidores e agentes privados a segurança sobre a preservação de contratos e acertos a médio prazo.
- Estabelecimento de momento final de decisão em casos de acompanhamento: a fixação, na regulamentação de processos de acompanhamento de concessões, de um prazo limite para a prolação da decisão do órgão de controle permite planejamento preciso do processo subsequente. A aprovação automática por decurso de prazo estimula a alocação de recursos em processos prioritários e nas questões mais prementes em tais processos.

5.4. AUTONOMIA DE *ENFORCEMENT*: ABERTURA E NEGOCIAÇÃO

Uma terceira perspectiva é de que a rigidez do processo integral de persecução atrasa decisões, preserva a incerteza e restringe a capacidade de gerar impacto proporcional à conduta e seu resultado. Assim, permitir maior liberdade para os órgãos de controle priorizarem processos e negociarem sanções e condutas poderia otimizar o impacto do controle e reduzir o tempo de incerteza do processo.

Como observado anteriormente, parte expressiva dos processos sancionatórios do Tribunal de Contas da União são direcionados a agentes políticos locais, por irregularidades formais. Este talvez não seja o foco que gere melhores resultados da atividade de controle. Permitir mecanismos mais ágeis e flexíveis para persecução e conclusão da ação de controle podem viabilizar melhor alocação de recursos para ações de maior impacto econômico e social. A identificação de condutas de menor potencial ofensivo, realizadas por infratores não reincidentes, poderia levar a processos rápidos de

⁴¹ Art. 46. Prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito.

⁴² Art. 46. (...)

§3º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

⁴³ Vide item 2.4.

de admoestação pela própria unidade de persecução, sem necessidade de levar o caso às últimas consequências de julgamento.

Esta dinâmica pode ser associada a mecanismos de negociação que permitam a investigados e entes de controle concordarem, em um momento inicial, com um encaminhamento de reversão de irregularidade e de eventual pagamento de valores. A negociação pode, inclusive, vir acompanhada de apresentação de informações sobre condutas e práticas que a autoridade sequer conhecia até então.

Soluções negociadas vêm acompanhadas da vantagem de execução espontânea. Ao invés de ter de executar sanções compulsoriamente, despendendo recursos e tempo, órgãos de controle podem ver investigados cumprindo acordos por conta própria. Cláusulas específicas prevendo consequências claras e imediatas por não cumprimento incentivam tal adimplemento voluntário.

Entre as medidas sugeridas para se implementar reformas em tal perspectiva, citam-se:

- Tabelamento das sanções e punições: a maior clareza sobre qual será a sanção ao final do processo permite ao investigado avaliar suas opções, incluindo negociação de sanções. E também permite às unidades de controle decidir sobre o nível de recursos a ser alocado para uma investigação específica.
- Estabelecimento de padrões para negociação: a clareza sobre o processo e os fatores negociáveis pode facilitar a tomada de decisão pela negociação por um investigado e seu advogado. Cabe destaque aqui para fatores como previsão do montante de desconto sobre multas e os elementos que o órgão de controle considera vantajosos para oferecer concessões.
- Estabelecimento de critérios para priorização de *enforcement*: estabelecer prioridades claras de recursos e tempo para casos de maior potencial ofensivo ou de persecução mais fácil pode reduzir a perspectiva de protelar e também aumentar o incentivo à solução negociada.
- Fixação de diretrizes de leniência para ações de “réus primários”: nas hipóteses de agentes com menor experiência cometendo irregularidades menores, é possível estabelecer critérios para a expedição de advertência sem continuidade do processo. Tais advertências poderiam ser realizadas pelo próprio agente preceptor, dispensando-se julgamento por órgão colegiado final. Poderiam ter impacto imediato, tanto do ponto de vista educativo quando do ponto de vista de reversão de irregularidades e poderiam ser usados como fator comprobatório de dolo ou negligência em caso de reincidência futura.

6. CONCLUSÃO

Este trabalho decorreu da perspectiva, mantida entre diversos gestores e agentes no setor de infraestrutura, de que o receio de responsabilização por órgãos de controle poderia limitar ou atrasar a atividade do gestor público. Buscou-se, então, verificar se esse receio se sustenta e o que pode ser feito em face de tal situação.

Observou-se que houve efetivamente um aumento na frequência e na severidade da fiscalização nas últimas décadas. Notou-se que o gestor pode vir a ser responsabilizado por atos ocorridos há mais de década, e sofrer a incerteza de um processo pendente por vários anos adicionais. E notou-se, observando-se casos concretos, a disposição do Tribunal a adentrar as minúcias da situação fática, questionando as premissas e perspectivas específicas adotadas pelo gestor no caso.

Neste cenário, observou-se quatro possíveis caminhos a se trilhar. Um é manter o *status quo* e aceitar os impactos negativos da insegurança sobre o gestor como efeitos colaterais inevitáveis. Outro seria a acomodação, pela jurisprudência, a respeito das alterações promovidas pela Lei n. 13.655/18, que impactaram substancialmente os *standards* de responsabilização dos administradores. O terceiro é evoluir na contenção da incerteza sob o aspecto temporal, como forma de impedir que o gestor e a ação pública fiquem eternamente sob risco de revisão e punição. E um último caminho é viabilizar métodos de negociação e priorização de ação punitiva, como forma de reduzir a incerteza no caso concreto e viabilizar soluções mais rápidas. Para cada um destes caminhos, este trabalho propôs medidas concretas específicas que podem ser tomadas.

O controle externo é essencial como revisor de condutas indevidas e como estímulo ao aprimoramento da gestão. E é necessário equilibrar esse papel indispensável de controle com a provisão de segurança para o gestor público agir de maneira firme, rápida e informada. O Tribunal de Contas avançou a passos largos no sentido de promover maior controle e responsabilização. E novos passos são necessários para promover o ajuste fino entre firmeza de controle e segurança jurídica para a Administração Pública.