

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

JOSÉ SÉRGIO SARAIVA

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

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

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

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

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam; José Sérgio Saraiva – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-936-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

O Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I reuniu-se no VII Encontro Virtual do CONPEDI, que ocorreu de 24 a 29 de junho de 2024 no formato síncrono, com a temática "A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade".

Uma temática mais do que extremamente oportuna - na verdade, realmente necessária, em especial após o terrível período de isolamento social, com todas as dificuldades decorrentes da severa pandemia da Covid-19, do que decorre o relevo do debate da pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade, inclusive a partir de um novo olhar para a sustentabilidade e para os problemas advindos da exploração desenfreada dos recursos naturais no planeta - o que vem agora reforçado pelas catástrofes climáticas que tristemente assolaram o Rio Grande do Sul agora em maio de 2024. Há uma série de problemas e questões que esperam respostas e propostas de solução, a perpassar necessariamente pela discussão sobre a regulação e limites dos avanços da ciência e das inovações em prol da preservação da vida no planeta.

Neste contexto, o evento proporcionou aos participantes uma perspectiva multidimensional do Direito, capaz de incorporar os aspectos positivos da intensa revolução informacional de forma integrada com os objetivos do desenvolvimento sustentável, o que ficou também evidenciado a partir dos debates, trocas e contribuições dos participantes do nosso Grupo de Trabalho (GT), sendo que os artigos do GT Direito Administrativo e Gestão Pública I gravitaram em torno das seguintes temáticas:

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PODER-DEVER DA APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE
2. ATO ADMINISTRATIVO E CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE EM HARMONIA COM A INTERDEPENDÊNCIA DOS PODERES
3. CONVOCAÇÃO DE PRESIDENTES E DIRETORES DE AGÊNCIAS REGULADORAS PELO PODER LEGISLATIVO — INTELIGÊNCIA DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

4. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA E DA LITIGIOSIDADE EXCESSIVA.

5. QUALIFICANDO A LEGISLAÇÃO: A ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DA ADVOCACIA PÚBLICA NA ELABORAÇÃO DE NORMAS

6. CRIMES DE COLARINHO BRANCO: A IMPUNIBILIDADE E SELETIVIDADE NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

7. O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB O ASPECTO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

8. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE REPRESSIVO NA DEFESA DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESSENCIAIS: A NOVA LEI 14.230/21 COMO INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA NO BRASIL

9. DA UTILIZAÇÃO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO DE CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

10. DESAPROPRIAÇÃO “DE BAIXO PARA CIMA” DE BENS DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

11. DESAPROPRIAÇÕES: ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES NO DECRETO-LEI 3.365/41 PELAS LEIS 14.421/22, 14.620/23 E O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS

12. O INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO SOB O VIÉS JUDICIAL, COM A OBSERVAÇÃO DE SUAS ESPECIFICIDADES PROCEDIMENTAIS

13. LICITAÇÕES ELETRÔNICAS - AVANÇOS TECNOLÓGICOS E DESAFIOS A SEREM SUPERADOS: UMA ANÁLISE DO SISTEMA CATMAT/CATSERV

14. A ANÁLISE SUBJETIVA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA PARA JULGAMENTO DE HABILITAÇÃO EM PROCESSOS LICITATÓRIOS E O PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

15. ATIVISMO CONTROLADOR: UM ESTUDO COMPARATIVO A PARTIR DO ACÓRDÃO Nº 1211/2021 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)

16. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE COBRANÇA NOS TRIBUNAIS DE CONTAS: CASO DO GESTOR FALECIDO

17. LINDB - ART. 20 - VALORES, PRINCÍPIOS E REGRAS - O CONSEQUENCIALISMO NA DECISÃO DE ORIGEM ABSTRATA - A ACEITAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA

18. POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO NO BRASIL: ESTUDO DE CASO DO PROGRAMA CONEXÃO DO FUTURO NO MUNICÍPIO DE SAQUAREMA-RJ.

19. DO DESCUMPRIMENTO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA PELO MEC E PELO INEP NAS DENÚNCIAS CONTRA FACULDADES POR IRREGULARIDADES NO ENADE

20. PROTEÇÃO DE DADOS E SEU CONFLITO APARENTE NAS TROCAS DE INFORMAÇÕES ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS BRASILEIROS

De nossa parte, estamos honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e autoras e demais participantes.

Cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização de mais este evento virtual, congregando pesquisadores em torno da socialização da pesquisa científica produzida na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas temáticas!

De Florianópolis (SC), Passo Fundo (RS) e Franca (SP), julho de 2021.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Prof. Dr. José Sérgio Saraiva – Faculdade de Direito de Franca (FDF)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I apresentados no VII Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram

selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ATIVISMO CONTROLADOR: UM ESTUDO COMPARATIVO A PARTIR DO ACÓRDÃO Nº 1211/2021 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)

CONTROLLING ACTIVISM: A COMPARATIVE STUDY BASED ON JUDGMENT NO. 1211/2021 OF THE FEDERAL COURT OF ACCOUNTS IN BRAZIL

Karina Amorim Sampaio Costa ¹

Resumo

O objetivo principal do artigo é refletir criticamente sobre a aplicação do direito no âmbito dos tribunais de contas, em especial do Tribunal de Contas da União (TCU) no Brasil, para avaliar a eventual prática de ativismo controlador no âmbito daquela Corte Federal, em particular após a prolação do Acórdão nº 1211/2021, pelo Plenário. O artigo busca, com esse propósito, abordar o controle da administração pública pelos tribunais de contas, conceituar o ativismo controlador, tratar das características ou critérios delimitadores desse ativismo, traçando, por fim, comparativo entre decisões do TCU e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), com o intuito de cotejar os entendimentos das três Cortes, para permitir ao leitor avaliação crítica do que se propõe. O estudo se baseou na consulta realizada à legislação vigente, à jurisprudência do TCU, do STJ e do STF, e, ainda, à literatura especializada na matéria. A partir dessas fontes, foi possível perceber que, nalguma medida, o TCU arvora-se de entendimentos próprios, a despeito do entendimento dessas Cortes Superiores, para, em nome do erário, elastecer conceitos, mudar regramentos legais, arrostar princípios de há muito estabelecidos, praticando ações que se podem – mesmo com as limitações inerentes a um artigo científico – considerar ativistas controladoras.

Palavras-chave: Administração pública, Controle, Ativismo controlador, Comparativo de decisões, Tribunais

Abstract/Resumen/Résumé

The main objective of the article is to critically reflect on the application of law within the scope of the courts of accounts, especially the Federal Court of Accounts in Brazil, to evaluate the possible practice of controlling activism within the scope of that Federal Court, in particular after the delivery of Judgment No. 1211/2021, by the Plenary. The article seeks, with this purpose, to address the control of public administration by the courts of auditors, conceptualize controlling activism, address the characteristics or delimiting criteria of this activism, drawing, finally, a comparison between decisions of the Federal Court of Accounts and the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court, with the aim of comparing the understandings of the three Courts, to allow the reader a critical assessment of what is proposed. The study was based on consultation of current legislation, the jurisprudence of those Courts, and also specialized literature on the subject. From these sources, it was

¹ Doutoranda em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Advogada.

possible to see that, to some extent, the Federal Court of Accounts relies on its own understandings, despite the understanding of these Superior Courts, to, in the name of the treasury, expand concepts, change legal regulations, challenge long-established principles, carrying out actions that – even with the limitations inherent to a scientific article – can be considered controlling activists.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public administration, Control, Controlling activism, Comparison of decisions, Courts

1. Introdução

O Direito, como ciência social aplicada, possui diversas interações intra e interdisciplinares, não só com áreas específicas do próprio campo jurídico, mas também com disciplinas diversas, como a psicologia, a tecnologia e, por que não, a matemática!

O presente artigo envolve, além do Direito Administrativo e da Gestão Pública, na vertente Controle da Administração Pública, também a Filosofia do Direito e a Hermenêutica Jurídica, em especial Hermenêutica e os sentidos das normas jurídicas e/ou Direito e Hermenêutica, áreas distintas entre si, mas passíveis de íntima ligação, demonstrando a possibilidade de visão transdisciplinar entre elas.

A Gestão Pública é espécie do gênero Ciência da Administração, que configura campo de conhecimento autônomo¹ e distinto do Direito, mas que possui, conforme registrado, laços comuns que servem tanto para profissionais dessa área, que se valem de conhecimentos da Administração, quanto para aqueles da própria Ciência da Administração, que se valem de conhecimentos jurídicos. Cavalcanti (1940, p. 73-74) chega mesmo a afirmar que uma é complemento da outra, mas distintas entre si, “basta definir a esfera de ação de cada uma.”

O mesmo ocorre com a Hermenêutica, “teoria científica da arte de interpretar”, segundo Maximiliano (1999, p. 1), mas não só da área jurídica, mas também de qualquer campo do conhecimento. Na área jurídica, é “o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.” (1999, p. 1).

Para os fins deste artigo, todas essas disciplinas e áreas acabam por se misturar, numa vertente interpretativa adotada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no estudo do Acórdão nº 1211, adotado pelo Plenário daquele Tribunal em 26/05/2021 (BRASIL, 2021).

É possível inferir que esse acórdão é paradigmático em relação a quase todos os demais acórdãos proferidos antes dele. E isso se dá em razão de que trouxe inovação na forma de pensar *controle* em licitações e contratos por parte daquele Tribunal.

Essa inovação, no entanto, pode até mesmo se confundir com *inventividade*, o que se considera bastante arriscado no controle realizado na área de licitações e contratos. A esse respeito, numa das obras que trata do julgamento humano – à semelhança daquele exercido nos

¹ É o que se extrai, por exemplo, da divisão classificatória feita pela CAPES das áreas de conhecimento de nível superior. Disponível em: <https://www.gov.br/capes/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/avaliacao/instrumentos/documentos-de-apoio/tabela-de-areas-de-conhecimento-avaliacao>. Acesso em: 20 mar. 2024.

tribunais de contas – Daniel Kahneman (2021, p. 119) alude que “O ser humano se sente melhor em relação a si mesmo e a sua capacidade de fazer julgamentos quando inventa e aplica regras complexas ou quando suas impressões tornam um caso individual diferente dos outros”.

Essa *inventividade* a que alude o autor é a mesma que se pode inferir a partir dos julgamentos que são feitos pelo TCU e que acabam por gerar insegurança jurídica, pois cada indivíduo pode ter uma percepção bem diferente da de outra pessoa sobre dado caso concreto. Se cada caso, para cada julgador, pode ter um destino diferente, é bastante difícil garantir segurança ou previsibilidade ao sistema, principalmente pelos gestores públicos que se valem desses entendimentos para a tomada de decisões, gerando o que a doutrina tem chamado de *apagão das canetas* (Nohara, 2023, dentre outros), em que o gestor, simplesmente, deixa de administrar a coisa pública para ficar aguardando alguém decidir por ele.

Estes pontos serão enfrentados nesse artigo, por meio da consulta à legislação vigente, a sítios eletrônicos do Governo Federal, à jurisprudência do TCU e à literatura especializada, sem a pretensão de, no entanto, esgotá-los. Serão abordados o controle da administração pública pelos tribunais de contas, o conceito de ativismo controlador, as características dele e um comparativo entre decisões do TCU e do STJ e do STF.

2. Controle da administração pública pelos tribunais de contas

Os tribunais de contas, após a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e da Lei Complementar nº 101 (BRASIL, 2000), ganharam musculatura e protagonismo na proteção ao erário. Esse protagonismo também é verificável nos apontamentos que fazem em relação às leis orçamentárias, em especial à lei de diretrizes orçamentárias, que passou a atribuir competências fiscalizatórias amplas a tais órgãos, em especial ao TCU.²

As decisões que proferem servem de parâmetro para atuação de inúmeros gestores a fim de executar políticas públicas. Há quem se refira que os tribunais de contas, na verdade, querem alterar o comportamento dos agentes estatais, tratando até mesmo de matéria regulatória (Sundfeld, 2013, p. 178).

No âmbito da União, as competências gerais do TCU estão fixadas no art. 71 da Constituição (BRASIL, 1988). Essas competências são, em regra, estendidas para todos os

² É o que se verifica, por exemplo, da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2023, que subsidiou a elaboração da lei orçamentária de 2024. Nela é possível verificar a partir do art. 143, por exemplo, os amplos poderes que foram dados ao TCU na fiscalização de obras públicas, em especial as com irregularidades. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14791.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

demais estados do Brasil, como é o caso do Amazonas,³ do Ceará,⁴ de São Paulo,⁵ do Mato Grosso do Sul⁶ e de Santa Catarina,⁷ para citar apenas um estado de cada Região. Cada um deles, também, possui uma lei orgânica que detalha as competências e funcionamento.⁸

Em regra, os tribunais de contas, auxiliando o Poder Legislativo, apreciam as contas do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; julgam também as contas dos diversos administradores públicos e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração pública em geral, o que também envolve particulares; realizam inspeções e auditorias; dentre outras atribuições.

A atividade de julgamento das contas dos administradores públicos, em especial, é uma das mais observadas por estes mesmos agentes, podendo ter, basicamente, três resultados (regulares, regulares com ressalvas ou irregulares), conforme se depreende da Lei Orgânica do TCU (BRASIL, Lei nº 8.443, 1992, art. 16).

É prática corriqueira desses tribunais indicarem alguma falta de natureza formal, gerando a aprovação, com ressalvas, como regra geral para a maioria dos agentes públicos, tanto que a maior parte acolhe tais entendimentos e sequer os questiona. A grande questão se volta para o julgamento pela irregularidade das contas, pois estas possuem repercussões severas na vida de agentes públicos em geral, podendo impactar, também, em pessoas físicas ou jurídicas alheias aos quadros funcionais da Administração.

Na vida de um servidor público, por exemplo, o julgamento pela irregularidade das contas dele pode significar o encerramento da carreira pública quanto à ocupação de cargos em comissão ou em funções de confiança. Além disso, a lei traz repercussões de natureza ainda mais grave em alguns casos.⁹

³ Disponível em: <https://www.aleam.gov.br/wp-content/uploads/2023/11/Constituicao-do-Estado-do-Amazonas.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2024. Art. 40.

⁴ Disponível em: <https://belt.al.ce.gov.br/index.php/constituicao-do-ceara/constituicao-do-ceara-em-pdf>. Acesso em: 20 mar. 2024. Art. 78.

⁵ Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em: 20 mar. 2024. Art. 33.

⁶ Disponível em:

<http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/0a67c456bc566b8a04257e590063f1fd/dfde24a4767ddcbf04257e4b006c0233?OpenDocument>. Acesso em: 20 mar. 2024. Art. 77.

⁷ Disponível em: http://leis.alesec.sc.gov.br/html/constituicao_estadual_1989.html. Acesso em: 20 mar. 2024. Art. 59.

⁸ No âmbito da União, o Tribunal de Contas da União é regulado pela Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

⁹ Como se pode verificar na Lei Orgânica do TCU: art. 16, inciso III, alíneas “c” e “d”, e §§2º e 3º.

A responsabilidade solidária do agente público no caso de eventual ato irregular pode significar, além do encerramento da carreira, a ruína econômica, pois a maior parte dos atos de gestão pública tem o condão de alcançar, facilmente, milhares de reais. Isso sem prejuízo de eventual repercussão na esfera criminal que ainda possa enfrentar.

Por tais fundamentos, as decisões e entendimentos proferidos pelas contas de contas, país afora, são tão importantes e tão acompanhadas. A vida de muitas pessoas, e suas respectivas famílias, dependem deles.

Numa sociedade aberta de intérpretes (Häberle, 2015), inerente ao Estado Constitucional e Democrático de Direito, e extraindo-se conteúdo da Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021) quando trata de controle das contratações públicas, visualizam-se potencialmente quatro tipos diferentes de exegetas:

- a) agentes públicos em geral: servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade (BRASIL, 2021, art. 169, inciso I);
- b) unidades administrativas descentralizadas: integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade (BRASIL, 2021, art. 169, inciso II);
- c) unidades administrativas centralizadas: integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo próprio tribunal de contas (BRASIL, 2021, art. 169, inciso III); e, por fim
- d) cidadãos e demais agentes de controle social, como a imprensa (BRASIL, 2021, art. 169, *caput*).

Imagine-se que cada um desses atores sociais leia e interprete um determinado regramento fixado num edital de licitação, de um dado modo diferente. Haveria, pelo menos, três ou quatro interpretações possíveis. Quem sabe mais. Qual delas estaria certa (ou a mais certa) é o cerne da questão.

A fim de contribuir com alguns marcos teóricos nesse campo específico do conhecimento, apresentam-se abaixo algumas linhas mestras do que se pesquisou, indicando desde a parte conceitual do ativismo, até exemplos práticos que podem indicar eventuais excessos por parte de tribunais de contas, em especial do TCU, quando julgam processos envolvendo licitações e contratações públicas, tema delimitado para o presente artigo, até

porque as cortes de contas não podem, nem devem, se transformar numa instância revisora geral de toda a atividade administrativa (Sundfeld, 2013, p. 181 e 186).

3. Conceito de ativismo controlador

Conceituar ativismo controlador em tribunais de contas, assim como em diversos campos do conhecimento, não é tarefa simples, ainda mais quando não há estudos densos e em grande quantidade produzidos sobre a matéria.

Em primeiro lugar, em vez de ativismo de contas, como alguns denominam (Cabral, 2021, p. 215-257; Castro, 2015, p. 122-147), preferir-se-á tratar de ativismo controlador, uma vez que é esse tipo de atividade (a controladora) que o legislador ordinário lançou mão quando editou, por exemplo, a Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018), que alterou a LINDB (BRASIL, 1942).

Há inúmeros atores que tratam do tema ativismo, dentre eles Elival da Silva Ramos (2015, p. 131), para quem se deve entender, por ativismo judicial, “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar.” Dispõe ainda, o autor, que haveria “litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos),” (Idem, p. 131) sobre os quais o Poder Judiciário deveria se pronunciar.

Ainda sobre o ativismo judicial, Luís Roberto Barroso, em conceito clássico sobre o assunto, leciona que ele nada mais é que “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.” (2009, p. 14)

Na vertente do ativismo controlador, e citado como o primeiro a abordar essa nomenclatura (Cabral, 2021, p. 6), José Ricardo Pereira de Castro (2015) indicou que este seria a “realização da atividade de controle externo, de atribuição dos Tribunais de Contas, de maneira a interferir, com mais vigor, no âmbito da Administração Pública objeto do controle, visando, com isso, concretizar, em maior ou menor grau, os valores e fins estabelecidos na Constituição.” (Castro, 2015, p. 8).

Outro autor ao tratar do ativismo controlador, Fábio Garcia Cabral enxerga-o como o comportamento das Cortes de Contas que “a pretexto de se mostrarem proativos ou de serem encarados como concretizado[re]s de direitos fundamentais ou controladores de políticas públicas, acabam por exercer suas atribuições em desconformidade com o que permite o texto constitucional e infraconstitucional”, (2021, p. 8) concluindo, nesse sentido, a existência de “subjetividade na tomada de decisões por seus membros.” (Idem).

André Luiz Sberze, por fim, alude o ativismo controlador como a “atividade decisória praticada pelos Tribunais de Contas que expande de maneira proativa a interpretação da Constituição e das normas de direito público em favor do interesse social, impondo condutas e abstenções aos seus jurisdicionados, em se tratando de matérias de sua competência.” (2021, p. 10)

Antes de conceituar o ativismo controlador, e pesquisando-se os anais do Congresso Nacional sobre a origem da citada Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018), identificou-se o Projeto de Lei do Senado Federal PLS nº 349 (BRASIL, 2015), iniciado pelo então Senador Antonio Anastasia – hoje Ministro do TCU, em que é possível verificar a provocação feita pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto quanto ao projeto de lei que redundou na aprovada modificação da LINDB (BRASIL, 1942).

Nas justificativas ao projeto, não se verifica em nenhum momento a alusão a tribunais de contas, mas a *instâncias de controle* (BRASIL, PLS 349, 2015). Tais instâncias podem ser as mais variadas, tanto no campo do controle externo, a cargo do Congresso Nacional, com o auxílio do TCU (BRASIL, 1988, art. 71, *caput*), bem como no do controle interno (BRASIL, 1988, art. 71, *caput*), nas mais variadas formas previstas na legislação, nas três esferas.

Nesse sentido, avalia-se ser possível, então, que haja ativismo controlador não só por parte de tribunais de contas – tema de destaque neste estudo – mas também por quaisquer outros órgãos ou entidades públicos que cumpram a função controladora, como é o caso das controladorias ou auditorias internas espalhadas pelo País, tanto que a Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021), ao tratar do controle das contratações públicas, faz referência ao órgão de controle interno do próprio órgão ou entidade público, ao órgão central de controle interno da Administração e ao tribunal de contas (BRASIL, Lei nº 14.133, 2021, artigos 169, incisos I e II), refletindo o modelo existente no âmbito federal (BRASIL, Lei nº 10.180, 2001).

Guardadas tais premissas, é possível conceituar o ativismo controlador como *a prática, adotada pelo órgão de controle no exercício dessa função, que ultrapassa os limites da competência a ele outorgada pela Constituição ou pela legislação ordinária, caracterizando entendimento subjetivo, não autorizado pela legislação, praticado por parte do decisor, seja ele autoridade monocrática ou colegiada.*

A partir desse conceito, é possível delinear, também com base na literatura especializada, quais seriam as características ou os critérios delimitadores de práticas ativistas eventualmente adotadas por órgãos de controle em geral.

4. Características ou critérios delimitadores do ativismo controlador

Uma vez conceituado o que se entende por prática ativista por parte de órgãos de controle, em especial de tribunais de contas, há que se referir quais seriam os critérios delimitadores para se verificar a ocorrência, ou não, de prática ativista.

A primeira questão a se levar em consideração diz respeito (i) à legislação de regência do órgão de controle. Se de alçada constitucional, que se leve em conta a Constituição respectiva (federal ou estadual). Se infraconstitucional, que se considere essa legislação.

Uma vez delimitada a regra de competência, que se examine (ii) o caso concreto em que se dá a decisão em si, considerando (iii) decisões anteriores do mesmo órgão de controle, ou (iv) da mesma autoridade, para aferição da conformidade ou não com precedente(s) sobre o mesmo tema. Além desses critérios, a literatura especializada indica outros.

Keenan D. Kmiec (2004, p. 1463 e seguintes) expõe cinco vertentes do que considera ativismo judicial, quais sejam: “a) *Striking Down Arguably Constitutional Actions of Other Branches*; b) *Ignoring Precedent*; c) *Judicial Legislation*; d) *Departures from Accepted Interpretive Methodology*; e e) *Result-Oriented Judging*.”¹⁰

Essas cinco vertentes, mudando o que deve ser mudado, aplicam-se também ao ativismo controlador, destacando-se a primeira delas, que trataria, no âmbito judicial, do controle de constitucionalidade que é admitido no Direito brasileiro, mas apenas em relação a órgãos do Poder Judiciário, não em relação a tribunais de contas.¹¹

Compilando critérios sobre ativismo judicial, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, indica sete pontos, quais sejam: a) uso de métodos interpretativos para construção progressista de entendimentos; b) ampliação da atuação processual para além do permitido; c) interferência

¹⁰ Acompanhados de Fábio Garcia Cabral, em tradução livre dessas cinco vertentes, tem-se que: a) pode ser considerada ativista a atitude do Poder Judiciário de invalidar as ações dos demais Poderes do Estado, ou seja, seria ativista um tribunal ou uma corte que com regularidade agisse no sentido de declarar inconstitucionais atos normativos dos demais Poderes estatais; b) a expressão ativismo judicial designaria a atitude de um tribunal de se afastar dos precedentes que deveria respeitar, é dizer, quando adota uma visão própria do que é o Direito em detrimento da visão e da interpretação já consagradas em precedentes; c) o ativismo judicial se revelaria quando a Corte, em detrimento de julgar, passasse a legislar; d) ativista seria o procedimento do tribunal que se afasta de uma metodologia interpretativa aceita; e) a decisão seria ativista quando o juiz tiver um motivo finalístico para decidir em um certo sentido e quando a decisão se afastar do que seria considerado razoável (critério do julgamento orientado pelo resultado – *result-oriented judgement*). In: CABRAL, Fábio Garcia. O Ativismo de Contas do Tribunal de Contas da União – TCU. **Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance**. v. 16, ano 5. São Paulo: editora RT, jan-mar. 2021. p. 215-257, disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/264/241>. Acesso em: 20 mar. 2024.

¹¹ A Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, ainda que não tenha sido expressamente revogada, já foi afastada por inúmeros precedentes do mesmo Supremo Tribunal. Q. cf. MS 35.824, voto do rel. min. Alexandre de Moraes, P, j. 13-4-2021, DJE 116 de 17- 6-2021, e MS 25.888 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 22-8-2023, DJE de 11-9-2023.

desmedida no campo de atuação dos demais Poderes, inclusive no que concerne a políticas públicas; d) desrespeito às decisões político-normativa dos demais Poderes, mesmo que não haja inconstitucionalidade clara; e) concentração de Poder no âmbito do próprio Tribunal; f) fixação de entendimentos tão amplos que serviriam para justificar qualquer situação, inclusive casos futuros; e g) afirmação de instância única para decidir (s.d., p. 16).¹²

Todos esses critérios podem ser adaptados para os julgamentos que são feitos pelas cortes de contas, em especial pelo TCU, que se vale, por vezes, do poder regulamentar que possui previsto na própria Lei Orgânica (BRASIL, 1993, art. 3º), para lhe atribuir poderes eventualmente não indicados no ordenamento jurídico. É o famoso legislar-em-causa-própria.

Fábio Garcia Cabral, por sua vez, indica também critérios para considerar uma decisão ativista por parte do TCU, sintetizados a seguir: i) extrapolação das competências constitucionais do Tribunal, invadindo searas alheias, substituindo, por vezes, o próprio gestor público; ii) desrespeito a precedentes judiciais, decisões judiciais específicas e/ou precedentes administrativos da própria Corte de Contas; iii) interpretações que desrespeitem a literalidade de textos normativos, inclusive da Constituição; iv) construção de regras concretas e específicas, não editadas pelo legislador, a partir de normas gerais e abstratas de cunho principiológico, ou seja, desempenhando a função de legislador (2021, p. 11).

A partir de tais elementos, é possível então fixar, sem prejuízo de aperfeiçoamentos futuros, os critérios a partir dos quais se podem filtrar decisões de órgãos de controle, em especial de tribunais de contas, que podem ser classificadas como ativistas. Nesse sentido, seriam ativistas as decisões controladoras que, cumulativamente ou não:

- 1) inobservam a legislação de regência que disciplina a atuação do órgão, dadas por ele próprio em casos pretéritos, ou por outros órgãos que possuem ascendência sobre ele (como é o caso do Supremo Tribunal Federal [STF] em relação ao Tribunal de Contas da União, por exemplo);
- 2) fazem uso de entendimentos sumulados que se encontram superados em face da nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição de 1988, como é o caso da Súmula 347 do STF, já tratada neste estudo, além de manter, em eventual ato normativo interno – e no exercício do poder regulamentar – esse mesmo tipo de

¹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Moreira Alves v Gilmar Mendes - a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do STF**, p. 558. Disponível em: https://www.academia.edu/9299634/Moreira_Alves_v_Gilmar_Mendes_a_evolu%C3%A7%C3%A3o_das_dimens%C3%B5es_metodol%C3%B3gica_e_processual_do_ativismo_judicial_do_STF. Acesso em: 20 mar. 2024.

entendimento que extrapola as competências constitucionais para tanto (BRASIL, Regimento Interno do TCU, 2023, art. 15);

3) legislam em causa própria fora das balizas legais e constitucionais, em especial para decidir casos concretos em que querem fazer prevalecer entendimento próprio não amparado pelo ordenamento jurídico em vigor, em especial, mas não só, pela Constituição (BRASIL, 1988);

4) interpretam de forma incomum – ou fora de métodos tradicionalmente aceitos – a legislação em vigor para o julgamento de casos concretos;¹³

5) julgam de forma orientada a resultados pré-definidos;

6) estendem a atuação processual para limites além dos permitidos ou consagrados para atuação no caso concreto;

7) ignoram, desrespeitam ou mitigam o entendimento – mesmo justificado – dos demais Poderes no exercício das funções típicas, para fazer prevalecer os próprios entendimentos de controle;

8) concentram poder em certos casos, afastando entendimentos contrários;¹⁴

9) fixam entendimentos aptos a justificar qualquer julgamento;¹⁵

10) sustentam ser a única instância apta a julgar aquele determinado tipo de situação, a pretexto de qualquer outra.

Fixados os critérios delimitadores, *a priori*, que podem caracterizar uma decisão controladora como ativista, faz-se, no tópico seguinte, alguns comparativos entre decisões do TCU e do STJ e do STF, para que o próprio leitor perceba a questão tratada neste estudo.

5. Comparativo entre decisões do TCU e do STJ e do STF

Na organização do ordenamento jurídico brasileiro, e de acordo com as competências constitucionais estabelecidas, há de se reconhecer, grosso modo, que compete (i) ao STF a última palavra quanto à interpretação do que diz a Constituição; (b) ao STJ, a última quanto à interpretação da legislação infraconstitucional; e (c) ao TCU, o julgamento das contas de

¹³ Não se pretende, aqui, querer impedir a evolução natural dos entendimentos que devem acompanhar órgãos de controle, desde que se façam com as cautelas devidas.

¹⁴ É o que se vê, por exemplo, na Instrução Normativa nº 94, de 22 de fevereiro de 2024, em que o Tribunal chamou para si a fiscalização da celebração dos acordos de leniência previstos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

¹⁵ Esse tipo de situação, inclusive, é vedada textualmente no âmbito do Poder Judiciário e, por extensão, na seara administrativa, de acordo com os seguintes comandos dos artigos 15 e 489, §1º, do Código de Processo Civil.

administradores públicos que fazem uso de bens e dinheiros da União, dentre outras atribuições de cada um deles.

A partir dos exemplos que se ilustram abaixo, é possível verificar que, em muitos casos, o TCU, em que pese a competência que lhe é outorgada para também interpretar a Constituição e a legislação infraconstitucional, diverge da interpretação que é dada pelo STF e pelo STJ, conforme se destaca abaixo:

Comparativo entre decisão do TCU e do STJ

ENTENDIMENTO TCU	ENTENDIMENTO STJ
<p>4. A [...] alega inicialmente a ocorrência de prescrição quinquenal em 2021, considerando que os contratos discutidos foram rescindidos ou encerrados em 2016.</p> <p>5. Ocorre que, embora o início da contagem do prazo prescricional tenha, de fato, ocorrido em 2016, houve sua interrupção em algumas oportunidades, nos termos do art. 5º da Resolução TCU 344/2022, a exemplo das seguintes:</p> <p>a) 20/6/2018, com a instrução da secretaria deste Tribunal (peças 98/100);</p> <p>b) 5/9/2019, com a audiência dos agentes (peças 110, 111 e 117);</p> <p>c) 27/10/2021, com a decisão condenatória, consubstanciada pelo Acórdão 2.580/2021-TCU-Plenário (peça 178);</p> <p>d) 30/3/2022, com a apreciação dos embargos declaratórios, por meio do Acórdão 685/2022-TCU-Plenário (peça 253).</p> <p>6. Tendo em vista que as interrupções impediram o transcurso dos cinco anos, não houve prescrição.</p> <p>7. Diante das causas interruptivas identificadas, percebe-se que tampouco houve a prescrição intercorrente de que dispõe o art. 8º da Resolução TCU 344/2022, que ocorre quando o processo permanece inerte por período superior ao triênio.¹⁶ (grifos nossos).</p>	<p>2. O instituto da prescrição tem por finalidade conferir certeza às relações jurídicas, na busca de estabilidade, porquanto não seria possível suportar uma perpétua situação de insegurança: “(...) se perpétuo ou reservado indefinidamente o direito de reclamar, desapareceria a estabilidade de toda a espécie de relações” (RIZZARDO, Arnaldo. Parte geral do Código Civil. 2 ed. Forense: 2003, p. 593).</p> <p>3. Admite-se, contudo, a interrupção do prazo prescricional quando o titular do direito manifesta, por uma das formas previstas em lei, a intenção de exercê-la ou quando o devedor manifesta inequivocamente o reconhecimento daquele direito. Não é outro o entendimento que se pode extrair do art. 202 do CC/02: [...]</p> <p>4. Por oportuno, mister destacar que, inspirado no fundamento do instituto, que é o de evitar a perpetuidade da incerteza e insegurança nas relações jurídicas, o novo Código Civil inovou ao dispor, de forma expressa, que a interrupção da prescrição somente poderá ocorrer uma vez. (...)</p> <p>11. Relembra-se que, quando do julgamento do REsp 1.504.408/SP (DJe 26/09/2019), a 3ª Turma desta Corte Superior debruçou-se sobre o tema ao analisar se, após a propositura de ação de cobrança julgada improcedente, teria havido nova interrupção do prazo prescricional com o posterior ajuizamento de ação de protesto judicial.</p>

¹⁶ Trecho do voto condutor do Acórdão nº 120/2024 – TCU – Plenário.

ENTENDIMENTO TCU	ENTENDIMENTO STJ
	<p>12. Na oportunidade, o Min. Marco Aurélio Bellizze, relator dos autos, teceu considerações sobre a controvérsia, oportunidade em que apresentou fundamentação no sentido de que a prescrição não poderá ser interrompida mais de uma vez apenas nas hipóteses extrajudiciais de interrupção do prazo prescricional. [...]</p> <p>13. Após pedir vista dos autos, inaugurei a divergência para fincar a minha orientação no sentido de que <u>a interrupção da prescrição ocorre somente uma única vez para a mesma relação jurídica</u> – isto é, independentemente de seu fundamento. [...]</p> <p>Forte nessas razões, CONHEÇO do recurso especial interposto por [...] e NEGO-LHE PROVIMENTO, a fim de manter o acórdão proferido pelo TJ/SP que reconheceu a prescrição da pretensão da recorrente.¹⁷ (grifos nossos)</p>

Comparativo entre decisão do TCU e do STF

ENTENDIMENTO TCU	ENTENDIMENTO STF
<p>O responsável responde por pagamentos / despesas não comprovadas ocorridas entre 13/1 e 21/8/2009 (peça 60, p. 12-14), tendo incidido a <i>prescrição</i> da pretensão punitiva, nos termos do entendimento firmado no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário (Rel. Ministro Benjamin Zymler), que subordinou o TCU ao prazo geral de <i>prescrição</i> indicado no art. 205 do Código Civil, qual seja, dez anos contados a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil. Essa <i>prescrição</i> decorre da constatação de que sua citação somente ocorreu por meio de pronunciamento exarado em 27/11/2019 (peças 60-62), interstício superior a dez anos.</p> <p>Por outro lado, a tese da imprescritibilidade quanto ao ressarcimento do dano tem</p>	<p>Ademais, de acordo com a Corte de Contas, a prescrição pode se interromper mais de uma vez por causas distintas ou por uma mesma causa desde que, por sua natureza, essa causa seja repetível no curso do processo (art. 5º, § 1º, da Resolução TCU 344/2022).</p> <p>Entendo, no entanto, que essa diretriz jurisprudencial, posteriormente referendada pela Corte de Contas por meio da Resolução 344/2022, muito embora tenha logrado êxito em solucionar de maneira eficaz a problemática relativa à falta de previsão legal específica do lapso prescricional a ser observado pelo TCU, ensejou, em alguns casos, o retorno, por vias transversas, da inaceitável tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento. Explico.</p>

¹⁷ Trecho do Resp 1.924.436/SP.

ENTENDIMENTO TCU	ENTENDIMENTO STF
<p>prevalecido, até o momento, em consolidada jurisprudência do Tribunal aplicável a processos de tomada de contas especial voltados ao ressarcimento de valores, inclusive para aqueles nos quais não houve comprovação da correta utilização de recursos públicos:</p> <p><i>SÚMULA TCU 282: [...]</i></p> <p>Quanto à manutenção desse entendimento, também se mostra oportuno reproduzir os seguintes trechos do voto condutor do Acórdão 5236/2020-TCU-Primeira Câmara, da lavra do eminente Ministro Benjamin Zymler, em que a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário foi objeto de análise à luz de recente entendimento proferido pelo STF, o qual foi firmado no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 636886/AL, com repercussão geral (tema 899):</p> <p><i>"12. Enfatizo que estou aplicando a jurisprudência atual desta Corte de Contas sobre a matéria, consolidada na Súmula 282, para a prescrição do débito apurado e, no que tange à eventual aplicação de sanções, no incidente de uniformização de jurisprudência apreciado pelo Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que adotou o prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil. Não desconheço que recentemente o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do RE 636886/AL, fixou o seguinte enunciado para o Tema 899: 'É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas'. Não obstante essa respeitável decisão, ainda pairam diversas dúvidas sobre a matéria, pois é possível a conclusão de que a deliberação não tratou da prescrição do processo de controle externo levado a cabo perante o Tribunal de Contas da União, mas sim da prescrição intercorrente ocorrida durante a fase de execução do acórdão condenatório do Tribunal. [...].</i></p> <p>15. Com base nessa possível interpretação, a matéria decidida no aludido feito não teria nenhuma repercussão de ordem prática e</p>	<p>Isso porque prevalece o entendimento de que o prazo prescricional pode ser interrompido por uma quantidade indefinida de vezes, bastando que para isso se esteja diante, por exemplo, de qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato (art. 2º, II).</p> <p>Ora, conforme afirmado por esta Corte, a prescritibilidade é a regra no direito brasileiro. Admitir-se que o prazo prescricional possa ser interrompido por um número indeterminado de vezes, bastando que para isso se verifique a ocorrência de uma das causas previstas no art. 2º da Lei 9.873/1999, seria o mesmo que, na prática, chancelar a tese da imprescritibilidade da pretensão punitiva do TCU, o que, como já observado, não encontra ressonância no ordenamento jurídico brasileiro.</p> <p>Não se pode aceitar que, em decorrência de inúmeras interrupções do lapso prescricional, um determinado processo tramite para sempre, representando verdadeira Espada de Dâmocles sobre as cabeças dos cidadãos e empresas submetidos a processos de tomadas de contas.</p> <p>A previsão de prazo prescricional para as ações de ressarcimento, como expressão do princípio da segurança jurídica, consiste na condição de limitador temporal do direito de ação em necessário mecanismo de previsibilidade do direito e de respeito a importantes valores e princípios constitucionais. A possibilidade de infinitas interrupções do prazo prescricional, por outro lado, traduz-se em indesejável incerteza e insegurança jurídica.</p> <p>Enfrentando questão jurídica semelhante, e com o intuito de obstar a perpetuação do direito de ação mediante constantes interrupções da prescrição, evitando, desse modo, a perpetuidade da incerteza e da insegurança das relações jurídicas, o Superior Tribunal de Justiça, ao prover o Recurso Especial 1.786.266/DF (Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe de 17.1.2022), reconheceu expressamente a incidência do princípio da unicidade da interrupção</p>

ENTENDIMENTO TCU	ENTENDIMENTO STF
<p>jurídica na presente tomada de contas especial, cujo título executivo extrajudicial ainda não se formou. Caso a AGU, na execução de eventual decisão condenatória proferida neste feito, deixe de adotar as medidas pertinentes dentro do prazo de cinco anos, aí sim haverá a aplicação da tese emanada no RE 636886, com o reconhecimento da <i>prescrição</i> intercorrente da ação de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas (a ação de execução fiscal), pela hipotética inação da Fazenda Pública.</p> <p>16. Ainda que se interprete que a decisão do STF seja também aplicável à tramitação do processo de controle externo no âmbito do TCU, exsurtem outras diversas questões fundamentais para que esta Corte de Contas estabeleça novo tratamento acerca da <i>prescrição</i> do débito e da pretensão punitiva, em particular qual seria o dies a quo (data de ocorrência do fato irregular ou data do seu conhecimento pelo TCU) e as hipóteses de interrupção da <i>prescrição</i>.</p> <p>17. Diante de todas as dúvidas ainda existentes sobre a decisão do STF no âmbito do RE 636886, opto por aplicar ao caso em exame a jurisprudência do TCU então existente, que se fundamenta no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no que tange ao ressarcimento do prejuízo, e no art. 205 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), no que se refere à pretensão punitiva".</p> <p>Esse pronunciamento seguiu, inclusive, posições anteriormente adotadas pelo Tribunal:</p> <p>A suspensão pelo STF das demandas nas quais esteja em questão a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário com base em decisão de tribunal de contas (RE 636.886/STF) alcança tão somente a fase judicial de cobrança do título extrajudicial, não atingindo os processos de controle</p>	<p>prescricional, que estabelece, nos termos do disposto no caput do art. 202 do Código Civil, que a interrupção da prescrição deverá ocorrer uma única vez. (...)</p> <p>Assim, entendo que, observando-se a orientação jurisprudencial já consolidada nesta Suprema Corte, no sentido de que a prescrição da pretensão sancionatória do TCU deve ser regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999,¹⁹ deve-se, com o objetivo de se preservar a segurança jurídica, observar o princípio da unicidade da interrupção prescricional, previsto no caput do art. 202 do Código Civil, também no que se refere às pretensões punitivas e ressarcitórias do TCU, de forma que a interrupção da prescrição somente ocorrerá uma única vez, de modo a afastar a verificação, na prática, de inaceitável imprescritibilidade das ações de tomada de contas.²⁰ (grifos nossos)</p>

¹⁹ Essa lei estabelece que o prazo prescricional é de cinco anos, e não de dez, como já entendeu o Tribunal de Contas da União em diversas oportunidades, muitas delas advindas do entendimento daquela Corte de Contas fixado no Acórdão nº 1441/2016 – TCU – Plenário.

²⁰ Trecho do MS 38.790/SC.

ENTENDIMENTO TCU	ENTENDIMENTO STF
<p>externo em trâmite. Até julgamento definitivo em contrário pelo STF, permanece o entendimento do TCU acerca da imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento decorrentes de tomadas de contas especiais. (Acórdão 1267/2019-TCU-Plenário, Relator: Min. AROLDO CEDRAZ; Acórdão 7930/2018-TCU-Segunda Câmara, Relatora: Min. ANA ARRAES).</p> <p>No que se refere a esse particular, cabe destacar que foram opostos embargos declaratórios contra a referida decisão do STF, os quais foram rejeitados pela maioria da Suprema Corte (Plenário, Sessão Virtual de 13/8/2021 a 20/8/2021) , confirmando, portanto, a abrangência da deliberação prolatada na fixação do tema 899, razão por que se deve adotar a orientação prevalente no TCU, no sentido de que a matéria ali tratada alcançaria tão somente a fase judicial de cobrança do título extrajudicial, não atingindo os processos de controle externo, mantendo-se, desse modo, a interpretação adotada pela Suprema Corte, em 2008, no Mandado de Segurança - MS 26.210, oportunidade em que foi definida a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário.</p> <p>Dessa forma, no atual contexto, não há como reconhecer a ocorrência de <i>prescrição</i> dos débitos caracterizados nesta TCE.¹⁸ (grifos nossos)</p>	

Sobre esse comparativo, há de se esclarecer que o tema da “prescrição” já teve repercussão geral reconhecida em três diferentes oportunidades, levando o STF a fixar as teses no âmbito dos Temas 666 (BRASIL, 2016),²¹ 897 (BRASIL, 2018)²² e 899 (BRASIL, 2020).²³

¹⁸ Acórdão nº 7045/2023 – Segunda Câmara.

²¹ A tese fixada no tema diz o seguinte:

É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.

²² A tese fixada no tema diz o seguinte:

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

²³ A tese fixada no tema diz o seguinte:

É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

A repercussão geral, como fenômeno jurídico fixado na Constituição a partir da Emenda nº 45 (BRASIL, 2004), passou a configurar *status* intransponível para a admissão de recurso extraordinário interposto perante o STF. Os três temas fixados acima, por exemplo, decorreram de recursos extraordinários.²⁴

A fixação de temas com repercussão geral no STF impacta cenário jurídico nacional, a ponto de, por exemplo, impedir a interposição de recursos em ações judiciais cíveis que debatam a prescrição de contas de gestores públicos que tenham sido julgadas irregulares pelo respectivo tribunal de contas (BRASIL, Código de Processo Civil, 2015, art. 1.030).

A prescrição decorre da segurança jurídica, especialmente na vertente subjetiva, relacionada com o postulado da proteção da confiança, emergindo a necessidade de limitação – temporal, no caso – do poder estatal na modificação de situações jurídicas frente à justas expectativas de estabilidade das condutas praticadas na relação entre cidadão e Poder Público, consolidadas no âmago dos administrados com o passar do tempo.

Não menos importante é o papel da prescrição na instrumentalização do postulado do devido processo legal, também de índole constitucional, pois, naturalmente, após longos períodos desde a prática de determinado ato (ou omissão em praticá-lo), há considerável aumento da dificuldade do gestor em se defender adequadamente, prejudicando, em diferentes medidas, o exercício do direito de defesa.

Os tribunais de contas em geral,²⁵ nos últimos anos, em paralelo à nobre missão constitucional de exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, no que respeita à consumação da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória da Administração, vem consolidando entendimento que pode ser tido por inconstitucional, que gera nefastos efeitos colaterais, como o cerceamento de direitos e garantias fundamentais dos seus jurisdicionados, em razão:

- i) do absoluto estado de **insegurança jurídica** imposto a todos aqueles que têm ou já tiveram alguma relação jurídica com a Administração; e, ainda mais grave,
- ii) da **perpetuação do estado de sujeição a uma sanção** impelido àqueles sujeitos à jurisdição daquela Corte de Contas.

²⁴ O Tema 666 é advindo do Recurso Extraordinário nº 669.069. O Tema 897 é decorrente do Recurso Extraordinário nº 852.475. O Tema 899 é oriundo do Recurso Extraordinário nº 636.886.

²⁵ É o caso, por exemplo, do Tribunal de Contas do Distrito Federal, por conta da Decisão Normativa nº 5/2021, e do Tribunal de Contas da União, por meio da Resolução nº 344/2022.

Não se pode olvidar que, no Direito em geral, o fator tempo é determinante para constituição ou desconstituição de direitos ou relações jurídicas, como, *verbi gratia*, no caso da usucapião, em que o passar do tempo, sem oposição do interessado, faz com que a propriedade de determinado bem imóvel passe de uma pessoa para outra. O simples transcurso do tempo altera o *status* jurídico.

O brocardo jurídico, nesse caso, de que *o direito não socorre aos que dormem* deve valer, também, para o Poder Público se não agiu no tempo devido, por qualquer razão. Não deve subsistir no tempo a possibilidade de apenação em qualquer esfera, sob pena de violação, principalmente, ao princípio da segurança jurídica.

As situações indicadas acima, *a priori*, não deveriam ocorrer. Isso porque, como dito, seriam as instituições judiciárias – e o não o TCU, por exemplo – a darem a *palavra final* sobre esse ou aquele entendimento, essa ou aquela interpretação do ordenamento jurídico. O STF no plano constitucional. O STJ no plano infraconstitucional.

Esses casos apenas ilustram a insegurança jurídica gerada pelo TCU e, por extensão, pelos demais tribunais de contas que, em vez de caminharem para garantir maior certeza, previsibilidade e segurança ao sistema de controle, andam em sentido contrário, gerando repercussões de toda a sorte no setor público e no privado, atingidos por esse tipo de conduta.

6. Conclusão

Como se pode observar ao longo do presente artigo, foi possível perpassar pelo controle da administração pública que é exercido pelos tribunais de contas, fruto da maior envergadura dada a cada um deles pela Constituição Federal e pelas Constituições Estaduais. Esse controle, também como visto, tem extensão e limitações.

Do mesmo modo, foram enfrentados os conceitos e características do ativismo controlador, justamente para que, a partir deles, se pudesse comparar com decisões proferidas pelo STF, a quem compete fazer a última avaliação sobre matérias de ordem constitucional, e pelo STJ, a quem compete fazer o mesmo no plano da legislação infraconstitucional.

A partir desse comparativo, e da conceituação apresentada, foi possível perceber que, nalguma medida, o TCU arvora-se de entendimentos próprios, a despeito do entendimento dessas Cortes Superiores, para, em nome do erário, elastecer conceitos, mudar regramentos legais, arrostar princípios de há muito estabelecidos, praticando ações que se podem – mesmo com as limitações inerentes a um artigo científico – considerar ativistas controladoras.

Há que se ponderar, no entanto, as milhares de decisões que são proferidas ano a ano pelos tribunais de contas país afora, julgando as contas de também milhares de gestores públicos, que se deve acompanhar e observar, principalmente para que não desbordem da ordem jurídica e acabem por prejudicá-los.

Não se está aqui – entenda-se – a querer acobertar malfeitos ou atitudes desviantes do padrão de conduta que se espera do agente público, mas apenas a indicar que, no cumprimento do seu mister, o tribunal de contas não pode, simplesmente, ladear o cenário jurídico ou os direitos e garantias fundamentais para aplicar o que bem entende, ultrapassando barreiras que não lhe são permitidas. Nessa senda, no exato ponto antagônico ao do ativismo, deve ele buscar a autocontenção para evitar excessos e, com isso, preservar a segurança jurídica construída ao longo de décadas como pilar de sustentação da ordem jurídica não só no Brasil, mas no mundo.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**. v. 5, n. 8, ano 2009, p. 14. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.180, de 06 de fevereiro de 2001**. Organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110180.htm. Acesso em: 20 mar.

2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 349, de 09 de junho de 2015**. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pls-349-2015>. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União**. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência, 2023. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/5A/54/AE/28/EE157810ED256058E18818A8/RITCU.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1.924.436/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2080278&num_registro=202002540755&data=20210816&formato=PDF. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 38.790/SC**. Rel. Min. Gilmar Mendes, de 27 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6493929>. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 666**. Rel. Min. Teori Zavascki, de 03 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/Repercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4189164&numeroProcesso=669069&cla>

sseProcesso=RE&numeroTema=666. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 897**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Redator para o Acórdão Min. Edson Fachin, de 08 de agosto de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 899**. Rel. Min. Alexandre de Moraes, de 20 de abril de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4046531>. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1211**. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 26 de maio de 2021. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1211%2520ANOACORDAO%253A2021%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 120**. Rel. Min. Antonio Anastasia, 31 de janeiro de 2024. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A120%2520ANOACORDAO%253A2024%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 20 mar. 2024.

CABRAL, Fábio Garcia. O Ativismo de Contas do Tribunal de Contas da União – TCU. **Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance**. v. 16, ano 5. São Paulo: editora RT, jan-mar. 2021. p. 215-257, disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/264/241>. Acesso em: 20 mar. 2024.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Moreira Alves v Gilmar Mendes - a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do STF**. Disponível em: https://www.academia.edu/9299634/Moreira_Alves_v_Gilmar_Mendes_a_evolu%C3%A7%C3%A3o_das_dimens%C3%B5es_metodol%C3%B3gica_e_processual_do_ativismo_judicial_do_STF. Acesso em: 20 mar. 2024.

CASTRO, José Ricardo Parreira de. **“Ativismo de Contas” – Controle das Políticas Públicas pelos Tribunais de Contas**. Originalmente apresentada como dissertação de mestrado, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO, 2015. Disponível em: <https://www.unirio.br/ppgd/dissertacoes/dissertacoes-defendidas-em-2015/201cativismo-de-contas201d-2013-controle-das-politicas-publicas-pelos-tribunais-de-contas/view>. Acesso em: 20 mar. 2024.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Direito administrativo e ciência da administração. **Revista Do Serviço Público**, v. 1, n. 3, 73 – 74, 1940. Recuperado de <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/9105>. Acesso em: 20 mar. 2024.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. *Direito Público*, 11(60), 2015, p. 25–50. Recuperado de <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>. Acesso em: 20 mar. 2024.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN; Cass R. **Ruído: uma falha no julgamento humano**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

KMIEC, Keenan D. *The origin and current meanings of “judicial activism”*. *California Law Review*. V. 92:1441, p. 1463 e seguintes, 2004. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359>. Acesso em: 20 mar. 2024.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

NOHARA, Irene Patrícia. **Administração do medo, apagão das canetas e novos contornos do controle com as alterações da LINDB**. Disponível em: https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/administrativo/administracao-do-medo/?gad_source=1&gclid=CjwKCAjw17qvBhBrEiwA1rU9w_VUqWn8maj47-B9bxqIdFf4pS2zyh8oQc1Lt4tHj-Yle_POZ7UJThoC7pUQAvD_BwE. Acesso em: 20 mar. 2024.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SBERZE, André Luiz. **Intervenção do Tribunal de Contas do Estado em projeto de lei que afronta a Constituição Federal e a Lei de Responsabilidade Fiscal caso prático de ativismo controlador?** VIII Encontro Brasileiro de Administração Pública, Brasília/DF, 3 a 5 de novembro de 2021. Sociedade Brasileira de Administração Pública (SBAP), Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Disponível em: <https://sbap.org.br/ebap/index.php/home/article/view/79/78>. Acesso em: 20 mar. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo; Malheiros, 2013.