

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

CARLOS ANDRÉ BIRNFELD

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 Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

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

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

Eventos:

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

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

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

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

D597

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos André Birnfeld, José Sérgio Saraiva – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-034-2

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

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. XXXI Congresso Nacional do CONPEDI Brasília - DF (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I teve seus trabalhos apresentados na tarde do dia 27 de novembro de 2024, durante o XXXI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado nos dias 27, 28 e 29 de novembro de 2024, na cidade de Brasília/DF, tendo como tema "UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS".

As apresentações foram divididas em quatro blocos de exposições, sendo que, em cada um dos mesmos, houve, pelos autores presentes, a exposição dos respectivos artigos aprovados, em sequência, sendo, ao final de cada bloco, aberto espaço para o respectivo debate.

Segue abaixo a descrição dos artigos apresentados, ressaltando-se que não fazem parte dos Anais do evento aqueles artigos direcionados diretamente à revista DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA, do CONPEDI, em função de sua seleção especial para publicação na mesma:

O artigo O PAPEL DO DIREITO NO PLANEJAMENTO E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS – REFLEXÕES EM CONEXÃO COM O “NOVO INSTITUCIONALISMO”, de autoria de Fernando Alves Gomes, Amanda Silva Madureira e Maria José Carvalho de Sousa Milhomem, tem como objetivo introduzir adequadamente a reflexão jurídica no ambiente maior do pensamento sobre as políticas públicas, e de trazer este para dentro da ciência do direito. Tal tarefa residiu na escolha de um referencial teórico que articulasse diretamente a categoria das regras formais com as demais variáveis envolvidas no chamado “ciclo de produção das políticas públicas”. Afirma que a complexa trama de relações entre Estado e políticas públicas, tratada precipuamente na ciência política, mas também em outros tantos departamentos das ciências sociais aplicadas e humanas, por incrível que possa parecer, é ainda amplamente ignorada pelo direito – tanto no sentido de não receber a atenção devida, quanto no de não ser pouco ou mal conhecida e informada. Utiliza, assim, a concepção “neoinstitucionalista”, corrente de estudo de políticas no âmbito da ciência política que assumiu uma posição dominante na literatura a partir da década de 1980, exatamente por conta da importância que ele confere ao Estado e suas instituições. O artigo faz uso de método dedutivo com procedimento de pesquisa bibliográfico e documental.

O artigo **A RESPONSABILIZAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO PELO ERRO ADMINISTRATIVO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA, À LUZ DO ART. 28 DA LINDB**, de autoria de Kadrine Saneila Gomes Mendes Moreira, analisa o erro administrativo no âmbito do Direito Administrativo brasileiro, enfatizando a sua relevância e os efeitos para a responsabilização dos administradores públicos. A análise parte da ideia de que o erro é inerente à conduta humana, o que deve ser considerado nas decisões administrativas. Ressalta que apesar de o erro administrativo ainda não receber a atenção merecida pela legislação e literatura administrativista pátria, compreendê-lo é essencial para garantir a eficiência e o aperfeiçoamento da Administração Pública. O artigo discute a insuficiência de critérios subjetivos como o "administrador médio" para a definição de erro grosseiro, propondo o estabelecimento de critérios mais objetivos que considerem as circunstâncias e a complexidade postas à mesa dos gestores públicos na tomada de suas decisões. Além do que conclui que a tolerância ao erro administrativo não afasta a responsabilidade de maus administradores, mas garante segurança jurídica ao agente público que busca inovar e experimentar, promovendo a eficiência da gestão pública e a consecução dos interesses públicos que devem ser realizados pelo Estado. O estudo utiliza o método de pesquisa dedutivo, de cunho exploratório, mediante a revisão bibliográfica e legislativa para alcançar a finalidade proposta.

O artigo **CAPACIDADE DOS MUNICÍPIOS EM INOVAÇÃO. UMA VISÃO SOBRE O PAPEL DAS COMPRAS PÚBLICAS E DO FEDERALISMO COOPERATIVO NO FOMENTO DA INOVAÇÃO E DA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL**, de autoria de Helder De Araújo Barros explora o papel da inovação e da transformação digital como partes essenciais para o desenvolvimento da capacidade dos Municípios em cumprir as políticas públicas e prestações sociais no âmbito de sua competência constitucional, sob o olhar do papel das compras públicas e do federalismo cooperativo e colaborativo. A inovação foi retratada como vetor essencial para o desenvolvimento municipal bem como fundamental caminho para impedir a sua incapacitação e obsolescência de suas funções constitucionais, com atenção direcionada ao papel dos Municípios como prestadores diretos de políticas públicas, dada a sua proximidade com a população. Destaca que o ordenamento jurídico concretizou a importância da inovação nas atividades públicas, como visto na Lei de Inovação, na Lei do Governo Digital e na Lei de Licitação e Contratos Administrativos. A partir de uma análise dedutiva e qualitativa, com o uso de pesquisa bibliográfica e exposição de modelos atuais praticados no Brasil, concluiu-se pela utilização do marco legal de ciência, tecnologia e inovação de forma cooperativa e solidária, desenvolvendo-se as capacidades municipais de forma integrada, compartilhada e com a utilização de ampla capacitação, em um pacto federativo colaborativo.

O artigo **COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO PARA FISCALIZAR OPERAÇÕES NO MERCADO DE CAPITAIS: É NECESSÁRIO INICIAR UM PROCESSO DE “SELF RESTRAINT” DE CONTAS?**, de autoria de Louise Dias Portes, resgata que o Tribunal de Contas da União (TCU) tem aumentado de forma crescente seu rol de competências. Esse cenário tem provocado uma série de críticas à atuação do TCU, tendo a doutrina cunhado a expressão “ativismo de contas” para retratar o comportamento do Tribunal. Ao longo dos últimos anos, tem sido possível observar uma crescente atuação do TCU na fiscalização de operações no mercado de capitais realizadas por empresas estatais, adentrando em aspectos como valores de participações societárias, dinâmica e riscos inerentes a esse mercado, o que foge da sua expertise técnica. Isso, somado ao fato de que esse mercado é regulado por outras entidades, fundamentou a proposta do Ministro Presidente do TCU, Bruno Dantas, de criação de um grupo de trabalho para encontrar a melhor forma de atuação do TCU em casos que envolvam operações no mercado de capitais. O presente artigo buscou examinar a competência do TCU para fiscalizar operações no mercado de capitais. O problema de pesquisa definido foi avaliar qual deve ser o alcance da competência fiscalizatória do TCU nessas operações e se é necessário iniciar um processo de “self restraint” de contas. A partir da revisão bibliográfica aplicada ao estudo de caso, o trabalho concluiu que o TCU deve realizar um constante exercício de autocontenção para focar em um controle de segunda ordem, respeitando a competência das entidades reguladoras do mercado e, quando necessário, emitir recomendações em prol da melhoria estrutural do processo de governança tanto das empresas estatais fiscalizadas quanto das agências reguladoras.

O artigo **CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**, de autoria de Caio Cezar Maia de Oliveira, propõe uma reflexão sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular na seara dos contratos administrativos a partir da análise econômica do direito. Parte das definições mais importantes da análise econômica do direito, dos argumentos dessa disciplina acerca da relação entre direito e desenvolvimento econômico nacional. Passa pela tradicional dicotomia no Direito Administrativo entre interesse público primário e interesse público secundário para depois fazer a crítica do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Ressalta que apesar de consistentemente criticado do ponto de vista dogmático, o princípio ainda não foi objeto de análise mais acurada tendo em vista os resultados que produz na área das contratações públicas, tendo em vista as posturas que a sua aplicação estimula e desestimula por parte de agentes públicos e privados. O artigo realiza análise crítica desse princípio por meio de revisão bibliográfica da análise econômica do direito e do Direito Administrativo, seguida de análise empírico-qualitativa de precedentes dos tribunais superiores acerca de dois

eventos recentes de quebra de contratos de concessão de serviços públicos por iniciativa da União. Conclui que a quebra de contratos por iniciativa do Poder Público fomenta posturas disfuncionais por parte de antes públicos e privados. Notadamente quando chancelada pelo Poder Judiciário.

O artigo REVISITANDO O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A OCUPAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS À LUZ DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY, de autoria de Georgiano Rodrigues Magalhaes Neto e Márcia Haydée Porto de Carvalho, examina o Enunciado 619 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e se propõe a apresentar uma releitura do conceito de interesse público a partir da constitucionalização do Direito Administrativo. O debate centra-se na necessidade de equilibrar o princípio da supremacia do interesse público com a proteção dos direitos fundamentais, valendo-se, para tanto, da ponderação de princípios desenvolvida por Robert Alexy. Os litígios envolvendo a ocupação de áreas públicas por particulares costumam revelar uma complexidade ímpar, a exigir o confronto entre a necessidade de proteção do patrimônio público e a imprescindibilidade de realização, na maior medida possível, dos princípios da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade, sem olvidar do dever estatal de promover o bem de todos, erradicar a pobreza e a marginalização e assegurar aos cidadãos uma moradia.

O artigo DA POSSIBILIDADE DE ARBITRAGEM EM DESAPROPRIAÇÃO: POLÍTICA PÚBLICA DE DEFESA NO CASO AVIBRAS S/A, de autoria de Simone Cristine Araújo Lopes e Ana Maria Lima Maciel Marques Gontijo, busca visa analisar o Projeto de Lei n. 2957, de 18 de julho de 2024, apresentado pelo Deputado Federal Guilherme Boulos, que propõe a desapropriação por utilidade pública da sociedade anônima de capital fechado AVIBRAS Indústria Aeroespacial S/A. Trata-se de instituto jurídico do Direito Administrativo, que abarca também aspectos da intervenção estatal no domínio econômico próprio da chamada Constituição Econômica, especialmente quando destinada a cumprir importante papel no tocante à política pública de defesa. Em vista do processo de recuperação judicial a que a mencionada sociedade empresária está submetida, atualmente, dedica-se, também, a analisar a possibilidade de resolução de eventual conflito em processo administrativo de desapropriação via arbitragem e suas peculiaridades em vista da eleição de modelo de resolução de conflitos por meio do exercício da função jurisdicional arbitral. O artigo aponta alguns problemas que possam vir a ser enfrentados e possíveis alternativas para cumprimento dos princípios do interesse público e da preservação da empresa, ambas com fundamento constitucional.

O artigo **GESTÃO E FISCALIZAÇÃO NA EXECUÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO**, de autoria de Fernanda Maria Afonso Carneiro e Francisco Dimas Araújo Cisne Filho, ressalta inicialmente que o contrato administrativo não estabelece relações equilibradas entre as partes, pois garante prerrogativas exclusivas à Administração Pública. Uma vez formalizado o contrato administrativo, os próximos passos são a gestão e fiscalização da sua execução que resulta em diferentes procedimentos, para os quais é requerida a atuação de fiscais e gestores contratuais, conforme regulamentado pela Lei nº 14.133/2021. Destaca que a atual legislação infraconstitucional inova em relação à fiscalização do contrato administrativo, porque torna mais clara a responsabilidade fiscalizadora, além de estabelecer a obrigatoriedade da capacitação do fiscal de contrato e promover mudanças relacionadas à aplicação de sanções. Neste contexto, a pesquisa buscou avaliar os pontos críticos observados durante a execução dos contratos e analisar os procedimentos inerentes à fiscalização do cumprimento do contrato administrativo. O artigo constitui-se em investigação descritiva a partir de um estudo da legislação pertinente e de uma revisão bibliográfica. O estudo permitiu observar que a fiscalização do contrato administrativo envolve deveres e exigências, tanto explícitas quanto implícitas, levando à obrigatoriedade dos fiscais estarem devidamente preparados, treinados e dispostos a manter um controle contínuo dos contratos supervisionados.

O artigo **O PROTAGONISMO DA INTEGRIDADE NO GERENCIAMENTO DE CRISES NO PODER PÚBLICO: LIDERANÇA ESTRATÉGICA PARA EFICÁCIA DA CAPACIDADE DE RESPOSTA**, de autoria de Bruno Saadi Carvalho e Clara Maria Cavalcante Brum de Oliveira, busca analisar, na perspectiva acadêmica e organizacional, a problematização acerca do papel da área de integridade pública no âmbito do Poder Público, com a possibilidade de um desenho institucional de relevância, por meio do protagonismo de sua liderança institucional enquanto área independente e estruturada, capaz de coordenar esforços para responder de forma sistêmica e efetiva quando da materialização dos riscos de integridade. A análise está estruturada em introdução, na qual há apresentação da problematização sobre as áreas de integridade pública a partir do recorte temático do gerenciamento de crises; desenvolvimento, intitulado como “o protagonismo dos órgãos de integridade no gerenciamento de crises no Poder público” tomando como ponto de partida a resignificação do conceito de crise, a análise sobre o gerenciamento de riscos de integridade e o papel de articulador técnico das áreas de Integridade na resposta aos desafios. Na última parte, investiga sobre a existência de um protocolo mínimo de gerenciamento de crises decorrentes da materialização de riscos de integridade. Nas considerações finais, pugna pelo reconhecimento de um novo desenho institucional de integridade como um interesse sob a ótica da sociedade.

O artigo **A UTILIZAÇÃO DO ORÇAMENTO IMPOSITIVO NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**, de autoria de Erica Antonia Bianco de Soto Inoue, explora o papel do orçamento impositivo na execução de políticas públicas como um mecanismo essencial para a efetivação de direitos fundamentais no Brasil. Justifica-se a pesquisa por sua análise conceitual do orçamento impositivo e das políticas públicas, discutindo-se as implicações legais e práticas da obrigatoriedade de execução das despesas públicas aprovadas pelo Legislativo em tempos de graves crises de vulnerabilidade social. O texto aborda, enquanto objetivo, como essa obrigatoriedade contribui para a redução das desigualdades e para a promoção da justiça social, assegurando que os direitos fundamentais sejam efetivamente garantidos por meio de ações governamentais concretas. Com base no método de pesquisa por revisão da literatura e na análise de casos, o artigo argumenta que o orçamento impositivo é uma ferramenta poderosa para transformar as políticas públicas em ações efetivas, reduzindo a distância entre a legislação e sua aplicação prática. Conclui-se que a implementação adequada do orçamento impositivo é crucial para que as políticas públicas sejam mais do que promessas, mas sim instrumentos de mudança real que beneficiem diretamente a sociedade.

O artigo **GOVERNANÇA E INOVAÇÃO: DESAFIOS E OPORTUNIDADES DO PROJETO PILOTO DA DIRETORIA DOS EXECUTIVOS FISCAIS DE 1º GRAU DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**, de autoria de Michelle Oliveira Chagas Silva, Cristiane Soares de Brito e Luiza Figueiredo, analisa o Projeto Piloto da Diretoria dos Executivos Fiscais de 1º Grau do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), implementado para enfrentar a alta demanda processual no âmbito das ações de execuções fiscais. O estudo aborda o projeto sob as perspectivas da governança judicial, inovação e design organizacional, explorando como esses elementos foram integrados para melhorar a eficiência e celeridade na tramitação dos processos. A pesquisa é de natureza descritiva, com abordagem bibliográfica e documental, e também inclui a coleta de dados e informações no TJPE, realizada por meio de uma entrevista com a juíza gestora do projeto piloto. Os resultados indicam uma significativa redução do acervo processual, bem como melhorias na produtividade e na qualidade dos serviços prestados. Ademais, o estudo aborda as oportunidades os desafios enfrentados durante a implementação, especialmente no que tange à mudança cultural e à necessidade de adaptação dos servidores a novos métodos de trabalho. Conclui-se que o projeto oferece um modelo replicável para outros tribunais, contribuindo para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

O artigo **O COMPLIANCE ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRO: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**, de autoria de José Simão Carvalho Gonçalves Júnior, Homero Lamarão Neto e Luis Antonio Gomes de Souza Monteiro de

Brito, examina a eficácia do compliance anticorrupção no Brasil através da Análise Econômica do Direito, fundamentado na obra de Gary Becker. Analisa a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), sua origem, influências internacionais, e o impacto de seu enforcement nas práticas empresariais. A metodologia combinou Análise Econômica Positiva e Normativa, com base em pesquisas bibliográficas e dados empíricos da Transparência Internacional – Brasil e Quaest. Apesar da alta aprovação da lei entre os profissionais de compliance, a pesquisa revela uma imaturidade nos sistemas de integridade das empresas e um enfraquecimento do enforcement nos últimos anos. A Teoria do prêmio Nobel, Gary Becker, sugere que a eficácia das políticas anticorrupção depende da probabilidade de detecção e da severidade das punições. Destaca que problemas como a falta de autonomia para profissionais de compliance e a ameaça de retrocessos legislativos são destacados. Propõe maior especificidade na competência para julgamento, treinamento das equipes, orientações claras sobre a dosimetria das penas e padrões mínimos obrigatórios para programas de compliance. Conclui que um enforcement robusto e eficaz, aliado a incentivos positivos, é essencial para fortalecer o compliance anticorrupção no Brasil.

O artigo O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA, ENTRE A IMANÊNCIA E TRANSCENDÊNCIA., de autoria de Vladia Pompeu Silva e Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, destaca inicialmente que a moralidade administrativa surgiu na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que a cita em dois dispositivos (artigo 5º, inciso LXXIII e no artigo 37, caput). À luz do quadro "A Escola de Atenas" de Rafael Sanzio, o artigo faz uma análise do princípio da moralidade com o objetivo de verificar a existência real de seu conteúdo jurídico. Observa que, de um modo mais objetivo, a transcendência contida em Platão, representado apontando para o céu ilustraria um mundo moral desejável, com leis permanentes, recorrentes e universais e que a imanência contida nas mãos de Aristóteles, destacado na obra entre o horizonte e o plano do solo, ilustraria um modo fático, cuja moral seria relativa, justamente porque dependente de quem quer que fixe regras que a contemple. Assim, retrata o princípio entre as suas facetas: imanente e transcendente. Para tanto, trata do conceito de moralidade a partir de sua previsão constitucional e de uma breve digressão sobre os conceitos de direito e moral, à luz do que nos ensinam alguns filósofos do direito. A seguir, analisa os contornos dados pela Lei n. 8.429, de 1992, e pela Lei n. 8.117, de 1990, com o fim de verificar se a moralidade administrativa possui conteúdo jurídico claro nos dias de hoje. Utilizando o método dedutivo e realizando uma pesquisa teórica, qualitativa e descrita, conclui que permanece a indefinição normativa quanto ao conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa, o que tem como grande (e grave) consequência a desuniformidade de entendimento na sua aplicação concreta.

O artigo O FENÔMENO “APAGÃO DAS CANETAS”: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA , de autoria de Ana Beatriz de Sousa Gomes Guarnieri, busca visa analisar a reforma da Lei de Improbidade Administrativa, a partir do fenômeno denominado “apagão das canetas”. Para isso, utilizando a pesquisa bibliográfica e análise de dados estatísticos o artigo inicia sua explanação a partir das noções de improbidade e de moralidade, após realiza uma evolução histórica das legislações que versam sobre a improbidade administrativa, buscando demonstrar como ao longo do tempo houve um aumento do punitivismo de agentes públicos no Brasil, bem como, esse aumento repercute negativamente no desempenho desses agentes e geram danos a toda a coletividade. Desse modo, o artigo tem como intuito analisar o impacto e repercussão da alteração legislativa na dinâmica da administração pública, elucidando como suas inovações possuem um potencial transformador quanto a problemática apresentada, demonstrando que essa sistemática pode equilibrar as políticas de combate à corrupção, o respeito às garantias dos gestores e a efetiva prestação de serviços à coletividade, oportunizando aos gestores públicos um espaço de criatividade a soluções inovadoras na gestão pública, sem o receio de haver uma responsabilização futura indesejada.

O artigo A INEXPRESSIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL COMO UM PROBLEMA COMPLEXO À LUZ DO PENSAMENTO SISTÊMICO, de autoria de Andrea Marcia Vieira de Almeida, destaca inicialmente que a ausência de acordos ou a diminuta quantidade de acordos firmados no âmbito da improbidade administrativa é uma realidade que se contrapõe à atual tendência de prestígio e incentivo à solução negociada dos conflitos jurídicos. O artigo busca identificar possíveis causas da inexpressividade do acordo de não persecução cível (ANPC), apesar da sua previsão legal desde 2019, analisando-a como um problema complexo, à luz do pensamento sistêmico e sugere alguns pontos de alavancagem na construção de uma solução eficaz em longo prazo. A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica, documental e explicativa, adotando como referência princípios do pensamento sistêmico, teoria do iceberg, além do levantamento de dados sobre a inoperabilidade do instituto. O estudo confirma, à luz da pesquisa bibliográfica e dos pressupostos teórico-metodológicos utilizados, uma indisposição para a solução consensual em demandas de improbidade administrativa. Ao final, sugere o uso de estratégias específicas para estimular uma maior utilização do acordo de não persecução cível (ANPC).

O artigo O ASPECTO INSTRUMENTAL DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO ADMINISTRATIVA EM SEDE DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES: TRANSPARÊNCIA E CONTROLE, de autoria de William Paiva Marques Júnior, destaca inicialmente que a juridicidade e a consequente aplicação do princípio da motivação administrativa são firmes ao estabelecer como legítima a

possibilidade de revisão de sanções disciplinares, com o escopo de garantia do aspecto instrumental do princípio da motivação administrativa em sede de processos administrativos disciplinares. Ressalta que a motivação nas decisões de processos administrativos permite a verificação da legalidade do ato, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, principalmente pelo fato de que o processo se refere à aplicação de pena em Processo Administrativo Disciplinar. Assim, o artigo objetiva analisar em que medida a motivação administrativa reverbera em uma decisão que venha a ser validada por um juízo de controle principiológico na aplicação de sanções. Utiliza, como metodologia, de pesquisa do tipo bibliográfica por meio da análise de livros, artigos jurídicos, documentos internacionais, da legislação e da jurisprudência. A pesquisa é pura, de natureza qualitativa e quantitativa, com finalidade descritiva e exploratória. Conclui que a motivação clara, congruente, tempestiva e legítima em processos administrativos disciplinares é instrumento de higidez, garantia, transparência e controle, quer pela via administrativa ou judicial.

O artigo CONTRATO ADMINISTRATIVO: O REEQUILÍBRIO NA REFORMA TRIBUTÁRIA (EMENDA CONSTITUCIONAL 132/23 E PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR 68/24), de autoria de Francisco Bertino Bezerra de Carvalho, tem por objeto o reequilíbrio econômico e financeiro do contrato administrativo previsto no PL 68/24 (Capítulo IV do Título VIII do Livro I) que regulamenta a reforma tributária da Emenda Constitucional 132/23. Ou seja, a disciplina dos efetivos impactos da reforma tributária sobre a contratação pública. O art. 21 da EC 132/2023 permitiu à legislação complementar dispor sobre a recomposição dos contratos afetados pela reforma. Destaca que o PL propõe requisitos e procedimentos específicos para os pleitos de revisão econômica e financeira dos contratos administrativos afetados pela alteração da carga tributária pela reforma tributária. Ressalta que a escassez de bibliografia sobre o tema, sua importância nos âmbitos público e privado, inclusive por seus reflexos em relações contratuais de longo prazo - em vigor e futuras - recomenda uma abordagem voltada a contribuir para a compreensão do conteúdo e do alcance das prescrições. Assim, o estudo analisa o PL 68/24, justificada pela relevância e atualidade do tema, ampliada pela imprescindibilidade de serem adotadas medidas preventivas pela Administração Pública. A metodologia utilizada é interpretação jurídica do texto normativo e a pesquisa bibliográfica com reflexão crítica. O percurso científico consistiu na confrontação do projeto de lei com o ordenamento à luz de textos doutrinários articulados servindo de embasamento teórico. Em conclusão apresenta fundamentos para defesa da necessidade dos órgãos públicos anteciparem seus estudos e ações para fazer frente ao enorme desafio que se avizinha.

O artigo OS PRESENTES RECEBIDOS PELA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA E A (DES)NECESSIDADE DE INCOPORAÇÃO AO PATRIMÔNIO DA UNIÃO, de autoria de

Giovani da Silva Corralo e Luca Rossato Laimer, tem como objetivo o estudo, no âmbito do direito público, relativo à situação jurídica dos presentes recebidos pelos presidentes da República provenientes das relações diplomáticas e a possível necessidade de sua incorporação ao patrimônio público. A relevância deste tema é acentuada pela controvérsia que persiste há quase uma década sobre a incorporação desses presentes ao patrimônio privado dos presidentes, o que tem sido amplamente debatido na mídia nacional. Para tanto utiliza o método hipotético-dedutivo, com a respectiva revisão bibliográfica para o desenvolvimento da pesquisa. No primeiro capítulo, analisa o regime jurídico de direito público, abordando a Lei 8.394/1991, que trata da preservação, organização e proteção dos acervos documentais privados dos presidentes. No segundo capítulo examina o Decreto 4.344/2002 e o Acórdão 2255/2016 do Tribunal de Contas da União. A redação reflete sobre os limites da atuação presidencial, especialmente no que tange aos presentes recebidos durante o exercício do cargo, reflexão esta que se faz crucial para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Por fim, conclui que os presentes recebidos pelos presidentes da República devem ser incorporados ao patrimônio da União, com exceção daqueles de natureza personalíssima ou de consumo direto, desde que de valor módico.

Após mais aproximadamente três horas de apresentações e debates profícuos, foram encerrados os trabalhos do grupo, com congratulações recíprocas.

Carlos André Birnfeld

Universidade Federal do Rio Grande - FURG

José Sérgio Saraiva

Faculdade de Direito de Franca

COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO PARA FISCALIZAR OPERAÇÕES NO MERCADO DE CAPITAIS: É NECESSÁRIO INICIAR UM PROCESSO DE “SELF RESTRAINT” DE CONTAS?

THE AUTHORITY OF THE FEDERAL COURT OF ACCOUNTS TO OVERSEE CAPITAL MARKET OPERATIONS: IS IT NECESSARY TO INITIATE A PROCESS OF "SELF-RESTRAINT" IN OVERSIGHT?

Louise Dias Portes ¹

Resumo

O Tribunal de Contas da União (TCU) tem aumentado de forma crescente seu rol de competências. Esse cenário tem provocado uma série de críticas à atuação do TCU, tendo a doutrina cunhado a expressão “ativismo de contas” para retratar o comportamento do Tribunal. Ao longo dos últimos anos, tem sido possível observar uma crescente atuação do TCU na fiscalização de operações no mercado de capitais realizadas por empresas estatais, adentrando em aspectos como valores de participações societárias, dinâmica e riscos inerentes a esse mercado, o que foge da sua expertise técnica. Isso, somado ao fato de que esse mercado é regulado por outras entidades, fundamentou a proposta do Ministro Presidente do TCU, Bruno Dantas, de criação de um grupo de trabalho para encontrar a melhor forma de atuação do TCU em casos que envolvam operações no mercado de capitais. O presente artigo buscou examinar a competência do TCU para fiscalizar operações no mercado de capitais. O problema de pesquisa definido foi avaliar qual deve ser o alcance da competência fiscalizatória do TCU nessas operações e se é necessário iniciar um processo de “self restraint” de contas. A partir da revisão bibliográfica aplicada ao estudo de caso, o trabalho concluiu que o TCU deve realizar um constante exercício de autocontenção para focar em um controle de segunda ordem, respeitando a competência das entidades reguladoras do mercado e, quando necessário, emitir recomendações em prol da melhoria estrutural do processo de governança tanto das empresas estatais fiscalizadas quanto das agências reguladoras.

Palavras-chave: Tribunal de contas da união, Competências, Mercado de capitais, Agências reguladoras, Ativismo de contas

Abstract/Resumen/Résumé

The Federal Court of Accounts (TCU) has been increasingly expanding its range of competencies. This scenario has sparked a series of criticisms regarding the TCU's actions, with the doctrine coining the term "account activism" to describe the Court's behavior. Over the past few years, the TCU's growing involvement in overseeing capital market operations carried out by state-owned companies has been evident, delving into aspects such as the

¹ Mestranda em Direito Constitucional no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).
Graduada magna cum laude pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

value of equity stakes, the dynamics, and the inherent risks of this market, which fall outside its technical expertise. This, combined with the fact that this market is regulated by other entities, led the President of the TCU, Minister Bruno Dantas, to propose the creation of a working group to find the best way for the TCU to operate in cases involving capital market transactions. This article aimed to examine the TCU's authority to oversee capital market operations. The research problem defined was to evaluate the extent of the TCU's supervisory authority in these operations and whether it is necessary to initiate a process of "self-restraint" in its oversight. Based on the bibliographic review applied to the case study, the work concluded that the TCU should engage in a constant exercise of self-restraint to focus on secondary-level control, respecting the authority of market regulatory entities and, when necessary, issuing recommendations for the structural improvement of the governance process of both the audited state-owned companies and the regulatory agencies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Federal court of accounts, Competencies, Capital market, Regulatory agencies, Account activism

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende estudar a competência do Tribunal de Contas da União (TCU) para fiscalizar operações no mercado de capitais realizadas por empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem atividade econômica.

A pesquisa justifica-se porque o Tribunal tem aumentado seu rol de competências de forma crescente, inclusive mediante a edição de normas complementares pelo próprio Tribunal, causando o surgimento de críticas sobre uma possível extrapolação das competências estabelecidas a nível constitucional e legal.

A relevância do tema está relacionada à possibilidade de contribuição com o grupo de trabalho instaurado pelo TCU no dia 9 de abril, após proposta do Ministro Bruno Dantas, atual Presidente da Corte, para encontrar a melhor forma de atuação do TCU em casos que envolvam operações no mercado de capitais, respeitando sua competência constitucionalmente definida, bem como a competência das demais entidades reguladoras do mercado.

A partir desse contexto, a pergunta que norteia a pesquisa é se é necessário iniciar um processo de “*self restraint*” de contas?

Para respondê-la, o trabalho foi dividido em dois capítulos.

No primeiro capítulo, serão abordadas as competências atribuídas ao TCU pela Constituição de 1988.

O segundo capítulo será dividido em três subcapítulos, sendo o primeiro para traçar um panorama de como TCU tem exercido a fiscalização das operações no mercado de capitais a partir do estudo do caso da BNDES Participações S.A. (BNDESPAR), recentemente julgado pelo Tribunal após cerca de uma década de tramitação. O segundo terá como objetivo analisar como funciona a regulação no mercado de capitais. Por fim, o último subcapítulo terá a finalidade de responder a pergunta de pesquisa sobre qual deve ser o alcance da competência fiscalizatória do TCU nessas operações e se é necessário iniciar um processo de “*self restraint*” de contas.

O estudo foi pautado em pesquisa do tipo aplicada de cunho qualitativo que se vale de procedimentos de pesquisa bibliográfica e estudo de caso.

1 COMPETÊNCIAS ATRIBUÍDAS AO TCU PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O sistema de fiscalização que vigorou durante quatro regimes constitucionais – os regimes de 1891, 1934, 1937 e 1946 – tinha sob sua alçada tão só os registros prévio e posterior das despesas e da tomada de contas de exatores quanto às receitas e despesas, bem como de tesoureiros e pagadores quanto às despesas com pessoal. A ação do TCU, dirigida à fiscalização da administração financeira, preocupava-se essencialmente com a legalidade dos atos de gestão. De forma conseguinte, o sistema constitucional de 1967 previa a realização de inspeções, subsidiando o julgamento das tomadas de contas dos responsáveis por bens e dinheiro público (Alves de Souza, 1989, p. 37).

A convocação da Assembleia Nacional Constituinte em fevereiro de 1987 possibilitou a atribuição de um papel maior ao Tribunal de Contas da União enquanto auxiliar do Congresso Nacional no controle externo.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas acerca da fiscalização contábil, financeira e orçamentária foram desenhadas da seguinte forma (Brasil, 1988):

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;
II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;
V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a

União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

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

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

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

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Os diversos incisos do supracitado artigo 71 listam as atribuições dessa Corte, destacando-se as seguintes: (i) o julgamento das contas dos gestores públicos da administração direta e indireta; (ii) a realização de inspeções e auditorias nas entidades da administração direta e indireta; e (iii) a apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, bem como das concessões de aposentadoria e pensão na administração indireta.

A grande inovação da disciplina constitucional residiu na inédita previsão acerca da competência operacional nos artigos 70 e 71, inciso IV. Assim, surgiu uma nova instituição, tradicionalmente controladora das contas públicas, mas que passou a deter expressa capacidade de controle operacional quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, na condição de auxiliar do Congresso Nacional (Marques Neto; De Palma, 2020, p. 212).

Quando da edição da Lei n. 8.443/1992 (Brasil, 1992), conhecida como Lei Orgânica do TCU, o legislador não dispôs sobre o procedimento de controle operacional (como, por exemplo, as prerrogativas do TCU, as garantias dos auditados etc.), mas ampliou a competência sancionatória do Tribunal – que estava prevista no artigo 71, inciso VIII, da Constituição Federal apenas para os casos de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas – de modo a abarcar ato “*praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial*”, nos termos do artigo 58, inciso II, da referida Lei Orgânica (Marques Neto; De Palma, 2020, p. 215).

Esse cenário possibilitou que os Tribunais de Contas aproveitassem esse vácuo normativo para a construção da prática do controle operacional por meio de normas editadas pelo próprio Tribunal (sem participação democrática) e sua jurisprudência.

A questão jurídica que se coloca é o limite constitucional da atuação do Tribunal de Contas. Esse apontamento é necessário porque, quando a Constituição atribui ao TCU a função de auxiliar no controle externo, essa atribuição é predominantemente voltada à proteção do erário e não à verificação de mera regularidade formal ou procedimental de todo e qualquer ato da União ou dos entes da Administração Indireta (Cabral; Sarai; Iwakura, 2021, 214).

2 PAPEL DO TCU NA FISCALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES NO MERCADO DE CAPITAIS

Este tópico tem como objetivo traçar um panorama de como TCU tem exercido a fiscalização das operações no mercado de capitais a partir do estudo do caso da BNDESPAR, recentemente julgado pelo Tribunal após cerca de uma década de tramitação.

Em seguida, será feita uma análise sobre como funciona a regulação no mercado de capitais para, a partir disso, responder a pergunta de pesquisa sobre qual deve ser o alcance da competência fiscalizatória do TCU nessas operações e se é necessário iniciar um processo de “*self restraint*” de contas.

2.1 PANORAMA DE COMO O TCU TEM EXERCIDO ESSA FISCALIZAÇÃO A PARTIR DO ESTUDO DO CASO DA BNDESPAR

Após a breve contextualização realizada no primeiro capítulo sobre as competências atribuídas ao TCU pela Constituição de 1988 e sobre o aproveitamento do vácuo normativo pelo próprio Tribunal para definir por conta própria o alcance de suas competências, especialmente a de natureza operacional, examina-se, a seguir, como a Corte de Contas tem exercido a fiscalização sobre operações no mercado de capitais nos últimos anos a partir de um caso específico.

Em 28 de maio de 2014, o TCU, por meio do Acórdão n. 1.398/2014 (Brasil, 2014), determinou instauração de auditoria de conformidade junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e BNDESPAR, com o objetivo de:

[...] examinar as operações de crédito e transações financeiras efetivadas com o grupo JBS/Friboi, os critérios utilizados para a escolha da empresa beneficiada, as vantagens sociais advindas dessas operações, o cumprimento das cláusulas contratuais firmadas entre as partes, em especial dos termos referentes à aplicação de multas, à aquisição de debêntures e eventual prejuízo sofrido pelo banco com a troca desses debêntures por posição acionária da empresa frigorífica.

(BRASIL, Tribunal de Contas da União (Plenário), Processo TC 007.527/2014-4, Acórdão n. 1.398/2014, Relator: Ministro Augusto Sherman, julgado em 18 de maio de 2014).

Assim, foi instaurado o processo de auditoria TC 007.527/2014-4. Nos anos seguintes, o TCU constituiu vários processos apartados para fiscalizar as operações de capitalização da BNDESPAR junto à empresa JBS S.A. para auxiliar sua estratégia de internacionalização, imputando irregularidades como, por exemplo, falha na metodologia de precificação das ações que teria acarretado diluição da participação acionária e extrapolação do limite máximo de exposição a risco do Banco.

O rol de processos de controle externo instaurados pelo TCU para fiscalizar essas operações tramitaram por cerca de uma década até que foram julgados em 9 de abril de 2024 por meio dos Acórdãos n. 628/2024, 629/2024 e 630/2024 (Brasil, 2024).

A análise das “idas e vindas” desses processos entre as Unidades Técnicas, o Ministério Público de Contas e o seu corpo de Ministros permite concluir que o TCU extrapolou sua expertise técnica ao examinar critérios de precificação de participações societárias, dinâmica e riscos inerentes ao mercado de capitais.

É importante notar, inclusive, que a proposta do Ministro Relator Augusto Sherman no primeiro processo incluído em pauta foi de condenar a maioria dos gestores da BNDESPAR, julgando irregulares as suas contas com imputação de débito de centenas de milhões de reais, aplicação de multa proporcional ao dano e inabilitação de alguns gestores para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública federal por prazo determinado (entre cinco e oito anos). O trecho a seguir, extraído da proposta de deliberação do Ministro Relator, é elucidativo do nível de interferência do Tribunal na esfera dessas operações no mercado de capitais:

375. O expressivo número de falhas contidas no Relatório de Análise, a ausência de adequada avaliação dos riscos da operação, por meio do efetivo exame da situação econômico-financeira da Bertin S.A., o descaso ou a grande imperícia no levantamento do endividamento e do grau de envolvimento financeiro do Sistema BNDES com a companhia e aos benefícios esperados com a operação conduz à conclusão de que erros grosseiros ocorreram em cada etapa de apreciação do pleito, bem assim, que os dirigentes da instituição agiram de forma desinformada e não refletida, o que lhes afasta a regra negocial do *Business Judgment Rule*.

[...]

379. É dinheiro público sendo empregado de forma bastante arriscada com vistas a, em um primeiro momento, socorrer empresas privadas em dificuldades, e, em um segundo momento, destinado a formatar os chamados campeões nacionais (e até multinacionais brasileiras), erigindo-as, com dinheiro farto, ao topo do mundo corporativo.

(BRASIL, Tribunal de Contas da União (Plenário), Processo TC 036.606/2018-9,

Acórdão n. 630/2024, Relator: Ministro Augusto Sherman, julgado em 9 de abril de 2024).

Ressalta-se, contudo, que a proposta do Ministro Relator não foi a vencedora, tendo a maioria dos Ministros divergido, nos termos do voto do Ministro Revisor Jorge Oliveira.

A análise desse caso permite constatar que houve uma movimentação intensa da máquina estatal de um órgão sem expertise e competência para essa tarefa, o que, por óbvio, gerou altos dispêndios em termos de tempo e recursos públicos, prejudicando a eficiência administrativa, princípio esse que deve nortear a atuação da Administração Pública, na forma do art. 37 da Constituição (Brasil, 1988).

Em 11 de maio de 2018, o então Presidente do TCU, Ministro Raimundo Carreiro, declarou que *“Equipes de fiscalizações têm buscado, nos últimos anos, intensificar o controle das operações que envolvam o mercado de capitais, notadamente, nas operações realizadas com grandes empresas”* (Brasil, 2018).

Esse cenário de busca de protagonismo pelo TCU não é exclusivo das fiscalizações das operações no mercado de capitais e tem provocado uma série de críticas à atuação do Tribunal, tendo a doutrina cunhado a expressão “ativismo de contas” para retratar seu comportamento. Esse “ativismo de contas” pode ser entendido como o comportamento dos Tribunais de Contas que, a pretexto de se mostrarem proativos, concretizadores de direitos fundamentais ou controladores de políticas públicas, acabam por exercer suas atribuições em desconformidade com o que permite o texto constitucional e infraconstitucional, demonstrando a subjetividade na tomada de decisões por seus membros (Cabral, 2021, 215).

Possivelmente na contramão desse “ativismo de contas”, o Ministro Presidente do TCU, Bruno Dantas, no dia 9 de abril de 2024 (dia do julgamento dos processos acima mencionados), submeteu ao Plenário uma proposta de criação de um grupo de trabalho para encontrar a melhor forma de atuação do TCU em casos que envolvam operações de mercado de capitais. A proposta foi aprovada em sessão plenária, de modo que esse grupo de trabalho será integrado pelos Ministros Antonio Anastasia, Vital do Rêgo e Jorge de Oliveira, sob a coordenação do primeiro (Brasil, 2024).

Essa pode ser uma oportunidade para o Tribunal analisar internamente como essas fiscalizações têm sido conduzidas e propor uma regulamentação consentânea com a sua competência constitucionalmente estabelecida.

2.2 REGULAÇÃO NO MERCADO DE CAPITAIS

Estabelece o artigo 174 da Constituição (Brasil, 1988) que “*Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*”.

Esse é o dispositivo que fundamenta a possibilidade da existência de agências reguladoras. A atuação dessas agências não é feita contra o livre mercado. Pelo contrário, as agências desempenham papel fundamental para a saúde do mercado, por meio da prescrição de regras de conduta, da fiscalização e da punição dos agentes de mercado que agirem de forma indevida (Mattos e Silva, 2008, p. 12).

A atividade de regulação da economia constitui uma forma de intervenção indireta do Estado na atividade econômica.

No que se refere ao mercado de capitais, é possível defini-lo como o conjunto de instituições, agentes econômicos e instrumentos legais dedicados à distribuição de valores mobiliários que viabiliza, a título exemplificativo, a emissão de debêntures e ações pelas empresas, possibilitando a realização de investimentos e a otimização da prestação de serviços ou do processo produtivo (Brasil, 2024).

A regulação desse mercado destina-se à administração dos riscos inerentes à atividade regulada, que se relacionam, fundamentalmente, a duas frentes, quais sejam, assimetrias informacionais e externalidades. Isto é, a regulação desse mercado tem como objetivo mitigar riscos a partir de uma perspectiva de proteção dos próprios participantes, para protegê-los de riscos que eles não conseguem visualizar e não conseguem, portanto, impedir ou se proteger, assim como para mitigar riscos que advêm de falhas de mercado e que irradiam danos para toda a sociedade e para terceiros não participantes do mercado, o chamado risco sistêmico (Zakia, 2023, p. 19689).

A Lei n. 6.385/1976 (Brasil, 1976), por meio do seu artigo 5º, instituiu a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), definindo-a como “*entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária*”.

Suas diversas funções estão previstas em sua lei de criação, sendo elas as seguintes: normativa, educacional, autorizadora, fiscalizadora e punitiva dos participantes do mercado de

valores mobiliários (Zakia, 2023, p. 19693).

O Conselho Monetário Nacional (CMN) e o Banco Central do Brasil (BACEN) também possuem papel relevante na regulamentação desse mercado e na sua fiscalização (no caso do BACEN).

Aos infratores das normas previstas na Lei n. 6.385/1976, da Lei n. 6.404/1976 (Brasil, 1976) e outras normas cujo cumprimento caiba à CVM fiscalizar, a legislação prevê a possibilidade de cominação das seguintes sanções: advertência, multa, inabilitação temporária, suspensão da autorização ou registro para o exercício das atividades e proibição temporária de praticar determinadas atividades ou operações.

Adicionalmente, o legislador atribuiu a outras entidades participantes do mercado o dever de autorregulação, na forma do artigo 21, § 4º, da Lei n. 6385/1976, como é o caso da Bolsa de Valores (B3, [20-?]) e da Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (Anbima, [20-?]).

Diante disso, constata-se que o mercado de capitais é altamente regulado por outras instituições, o que não pode ser desconsiderado quando se observa o TCU buscando um maior protagonismo (ou, nas palavras de diversos doutrinadores, ativismo) nas fiscalizações envolvendo operações nesse mercado.

2.3 NECESSIDADE DE UM “*SELF RESTRAINT*” DE CONTAS?

A mudança observada no papel do TCU ao longo de mais de um século de história evidencia a sua importância ao mesmo tempo em que demonstra os efeitos nocivos da adoção de uma postura “ativista”. O déficit de controle cedeu espaço para um cenário de controle excessivo.

Nessa seara, embora a Constituição tenha outorgado competência ao TCU para realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, entende-se que é preciso analisar as atribuições dos órgãos de controle externo dentro do contexto da unidade jurisdicionada em que essas atribuições serão exercidas.

Especificamente em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas que exercem atividade econômica, submetendo-se ao regime próprio das empresas privadas, na forma do artigo 173 da Constituição, o legislador editou a Lei n. 13.303/2016 (Brasil, 2016) após quase vinte anos da promulgação da Emenda Constitucional n. 19/1998 (Brasil, 1998).

Essa Emenda alterou a Constituição para prever que “*A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços*”.

Assim, em 2016, foi editado o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Esse estatuto jurídico das empresas estatais dedicou um capítulo para tratar da fiscalização pelo Estado e pela sociedade, tendo estabelecido importantes freios às ações dos órgãos de controle. Confira-se o teor dos artigos 89 e 90 da Lei n. 13.303/2016 (Brasil, 2016):

Art. 89. O exercício da supervisão por vinculação da empresa pública ou da sociedade de economia mista, pelo órgão a que se vincula, não pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei específica que autorizou a criação da entidade supervisionada ou da autonomia inerente a sua natureza, nem autoriza a ingerência do supervisor em sua administração e funcionamento, devendo a supervisão ser exercida nos limites da legislação aplicável.

Art. 90. As ações e deliberações do órgão ou ente de controle não podem implicar interferência na gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista a ele submetidas nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas.

Os referidos freios visam preservar a autonomia dessas empresas estatais e a gestão de suas atividades, bem como impedir a ingerência no exercício de suas competências ou na definição de políticas públicas.

Além dos freios impostos pelo legislador à atuação dos órgãos de controle – o que abarca os Tribunais de Contas –, constata-se que é necessário que as próprias Cortes de Contas iniciem um processo de “*self restraint*” de contas, identificando seus excessos e impondo limites à sua própria atuação.

No que tange ao objeto específico desse artigo – qual seja, a competência fiscalizatória do TCU sobre as operações no mercado de capitais realizadas pelas empresas estatais que exercem atividade econômica (a exemplo da BNDESPAR, da Petrobras, entre outras) –, é preciso lembrar que existem agências reguladoras nesse mercado com competência e expertise técnica para esse tipo de fiscalização.

A esse respeito, destaca-se o acórdão n. 1.703/2004 que foi proferido pelo Plenário do TCU (Brasil, 2004), sob a relatoria do Ministro Benjamin Zymler, cujas conclusões foram relevantes a respeito da temática no seguinte sentido: “[...] *a Corte de Contas não pode substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de forma contrária à Constituição Federal. Nesse sentido, cumpre reiterar que a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de segunda*

ordem, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório”.

Esse controle de segunda ordem representaria um controle adicional. Sua finalidade seria verificar se as agências reguladoras estão cumprindo suas finalidades institucionais e exercendo corretamente sua função fiscalizatória.

Seguindo na linha dos precedentes que tratam desse controle de segunda ordem, verifica-se que a Corte de Contas prevê que a inobservância de dispositivos constitucionais e legais resultaria na expedição de determinações, enquanto aspectos relacionados a boas práticas ou técnicas de comparação devem ser objeto de recomendações, preservando a competência das entidades reguladoras para avaliar a conveniência e oportunidade de sua implementação, o que deve ser objeto de decisão fundamentada. Esse é o caso do acórdão n. 1.946/2020 do TCU (Brasil, 2020), da relatoria do Ministro Bruno Dantas, em que o Plenário entendeu que deve primar por não se imiscuir de maneira imprópria no espaço discricionário assegurado ao gestor.

Para parcela importante da doutrina, o cenário ideal, que seria constitucionalmente adequado e se mostraria concretizador do interesse público, seria, em vez de condutas concorrentes entre agências reguladoras e o TCU, uma atuação coordenada entre ambos. Deve o TCU compreender que ele não é o responsável por controlar e sancionar todo e qualquer ato, ainda que isso implique deixar condutas antijurídicas sem a sua apuração, confiando na atribuição e atuação institucional de outros atores do sistema de controle (Cabral; Sarai; Iwakura, 2021, p. 216).

Não se está a propor que o TCU se anule em sua tarefa constitucionalmente prevista de fiscalizar contas, mas que realize um constante exercício de autocontenção para focar em um controle de segunda ordem, respeitando a competência das entidades reguladoras do mercado de capitais e, quando necessário, emitindo recomendações em prol da melhoria estrutural do processo de governança tanto das empresas estatais fiscalizadas quanto das agências reguladoras.

Conclusão

Por meio do recurso à revisão bibliográfica e do estudo de caso objeto da presente pesquisa, este artigo concluiu que o TCU tem modificado o papel que desempenha ao longo de uma história centenária, especialmente após o advento da Constituição de 1988, que a ele outorgou mais competências, sem, contudo, definir seu alcance.

Não se pode negar a importância que essa instituição desempenha no controle externo, mas seu protagonismo recente tem dado lugar a uma postura ativista que atrai muitas críticas.

Esse cenário de busca de protagonismo pelo TCU influenciou o surgimento da expressão “ativismo de contas” para retratar seu comportamento. Esse “ativismo de contas” pode ser entendido como o comportamento dos Tribunais de Contas que, a pretexto de se mostrarem proativos, concretizadores de direitos fundamentais ou controladores de políticas públicas, acabam por exercer suas atribuições em desconformidade com o que permite o texto constitucional e infraconstitucional, demonstrando a subjetividade na tomada de decisões por seus membros.

Apesar de ser antiga a discussão jurisprudencial no âmbito do Tribunal sobre o papel que ele pode desempenhar nas fiscalizações quando estão presentes entidades reguladoras, isso não impediu o TCU de continuamente extrapolar seu papel intensificando o controle das operações que envolvem o mercado de capitais.

A intensificação do controle desse tipo de operações foi, inclusive, objeto de declaração do próprio Presidente do Tribunal em 2018.

No caso trazido à luz neste artigo, após a instauração de uma auditoria de conformidade em 2014, o TCU constituiu vários processos apartados para fiscalizar as operações de capitalização da BNDESPAR junto à empresa JBS S.A. para auxiliar sua estratégia de internacionalização, imputando irregularidades como, por exemplo, falha na metodologia de precificação das ações que teria acarretado diluição da participação acionária e extrapolação do limite máximo de exposição a risco do Banco.

Esses processos demoraram cerca de uma década até serem julgados pelo Plenário do Tribunal, movimentando intensamente a máquina estatal e os recursos públicos para lidar com temas fora de sua expertise técnica e de sua competência, o que gerou altos dispêndios em termos de tempo e recursos públicos, prejudicando a eficiência administrativa.

Esse cenário foi tão notório que possivelmente foi o motivo pelo qual o atual Presidente do TCU, Ministro Bruno Dantas, propôs a criação de um grupo de trabalho para encontrar a melhor forma de atuação do TCU em casos que envolvam operações no mercado de capitais.

A análise conduzida neste artigo permitiu concluir que é necessária uma mudança no papel que o TCU tem desempenhado para respeitar os objetivos do Poder Constituinte ao definir as competências do TCU e para preservar a competência das entidades reguladoras do mercado de capitais.

Deve o TCU deixar de lado o ativismo e buscar uma atuação coordenada com as agências reguladoras, realizando um constante exercício de autocontenção para focar em um controle de segunda ordem para, quando necessário, emitir recomendações em prol da melhoria estrutural do processo de governança tanto das empresas estatais fiscalizadas quanto das agências reguladoras.

Esse controle de segunda ordem representaria um controle adicional, pois a sua finalidade seria verificar se as agências reguladoras estão cumprindo suas finalidades institucionais e exercendo corretamente sua função fiscalizatória.

Deve o TCU compreender que seu papel não é controlar e sancionar todo e qualquer ato, ainda que isso implique deixar condutas antijurídicas sem a sua apuração, confiando na atribuição e atuação institucional de outros atores do sistema de controle. Não se está a propor que o TCU se anule em sua tarefa constitucionalmente prevista de fiscalizar contas, mas que realize um constante exercício de autocontenção para focar em um controle de segunda ordem.

REFERÊNCIAS

ALVES DE SOUZA, L. B. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*. v. 175, 1989, p. 36–46.

ANBIMA. *Autorregulação: como funciona*. Disponível em: https://www.anbima.com.br/pt_br/autorregular/autorregulacao-e-adesao/definicao-de-autorregulacao.htm. Acesso em: 4 maio 2024.

B3. *Regulação de emissores*. Disponível em: https://www.b3.com.br/pt_br/regulacao/regulacao-de-emissores/sobre-a-regulacao/. Acesso em: 4 maio 2024.

BRASIL, Ministério da Fazenda. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/politica-microeconomica/mercado-de-capitais>. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998*. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. *Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. *Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília, DF: Presidência da República, 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16385.htm. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. *Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm. Acesso em: 30 abr. 2024.

BRASIL. *Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm. Acesso em: 29 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC 006.931/2002-0. Acórdão n. 1.703/2004. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Brasília, 3 de novembro de 2004. Disponível em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1703%2520ANOACORDAO%253A2004%2520/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 3 maio 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC 007.527/2014-4. Acórdão n. 1.398/2014. Relator: Ministro Augusto Sherman. Brasília, 18 de maio de 2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1398%2520ANOACORDAO%253A2014%2520/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 1 maio 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC 010.398/2017-1. Acórdão n. 628/2024. Relator: Ministro Augusto Sherman. Brasília, 9 de abril de 2024. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A628%2520ANOACORDAO%253A2024%2520/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 1 maio 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC 018.841/2019-8. Acórdão n. 1.946/2020. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, 29 de julho de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1946%2520ANOACORDAO%253A2020%2520/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 3 maio 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC 033.879/2018-4. Acórdão n. 629/2024. Relator: Ministro Augusto Sherman. Brasília, 9 de abril de 2024. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A629%2520ANOACORDAO%253A2024%2520/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 1 maio 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC 036.606/2018-9. Acórdão n. 630/2024. Relator: Ministro Augusto Sherman. Brasília, 9 de abril de 2024. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A630%2520ANOACORDAO%253A2024%2520/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 1 maio 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regulação de mercado de capitais é discutido por TCU e BNDES*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/regulacao-de-mercado-de-capitais-e-discutido-por-tcu-e-bndes.htm>. Acesso em: 1 maio 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *TCU analisa compra de debêntures da empresa JBS pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social*. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-analisa-compra-de-debentures-da-empresa-jbs-pelo-banco-nacional-de-desenvolvimento-economico-e-social.htm>. Acesso em: 1 maio 2024.

CABRAL, F. G. O ativismo de contas do tribunal de contas da união (TCU). *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 16, jan./mar. 2021, p. 215-257.

CABRAL, F. G; SARAI, L; IWAKURA, C. R. Tribunal de Contas da União (TCU) e as Agências Reguladoras: limites e excessos da *accountability* horizontal. *Revista da CGU*. v. 13. n. 24, jul./dez. 2021, p. 207-219.

MARQUES NETO, F. A; DE PALMA, J. B. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 120, jan./jun. 2020, p. 203-236.

MATTOS E SILVA, B. Limites Constitucionais à Ação Estatal na Economia. In: DANTAS, B. *et al. Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília, Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008.

ZAKIA, M. L. Estrutura de Regulação no Mercado de Capitais. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 9, n. 6, jun., 2023, p. 19688-19707.