

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL
DIREITO PÚBLICO

**O consequencialismo e a racionalidade decisória dos órgãos de controle: como mitigar as perdas da
Administração Pública?**

Bernardo Souza Barbosa

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP sob orientação do
professor Carlos Ari Sundfeld.

Versão de 15.09.2018

1. Tema, contexto, objetivos e delimitação de escopo

A pesquisa tem por finalidade estudar se e como os órgãos de controle, notadamente o Tribunal de Contas da União (“TCU”), analisam as consequências jurídicas no processo de tomada de decisões cautelares, quando confrontados com situações irregulares em contratos administrativos.

A racionalidade decisória do órgão de controle em assuntos relativos a irregularidades em contratos administrativos, particularmente em sede cautelar, não pode ser traduzida em simples fórmula matemática, pois configura complexo procedimento interpretativo que busca alinhar a legislação aplicável com o produto das investigações, auditorias e análises elaboradas por áreas técnicas e especializadas.

Essa complexidade não impede, no entanto, a realização de um controle da decisão cautelar e de seus fundamentos. A motivação permite que se verifique os elementos, jurídicos e não jurídicos, considerados para aquela decisão.

Da pesquisa preliminar que resultou na escolha desse tema, verificou-se que os órgãos de controle¹, quando enfrentam situações de irregularidades (em especial superfaturamento e sobrepreço), tendem a determinar medidas no sentido de paralisar o curso da obra e/ou serviço contratado², deixando de considerar as consequências daí advindas.

Um dos casos que despertou a atenção do pesquisador e contribuiu para a escolha do tema foi o da linha 4 do metrô do Estado do Rio de Janeiro. Com a obra em curso, auditoria promovida pelo TCE/RJ identificou irregularidades decorrentes de superfaturamento e sobrepreço praticados pela concessionária em detrimento do Estado do Rio de Janeiro. Diante dessa constatação, o TCE/RJ determinou, cautelarmente, a retenção dos créditos a serem pagos à concessionária no montante equivalente aos prejuízos apurados, o que acarretou, na prática, a paralisação das obras.

Passados mais de 1 ano com a obra parada, o TCE/RJ examinou pedido formulado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro para a retomada das obras com a liberação dos créditos futuros da concessionária. Nesse pedido, foram relatados prejuízos de ordem financeira e social e, ainda, os riscos estruturais que os prédios no entorno da obra estavam sujeitos em razão de sua paralisação. O TCE/RJ acolheu as ponderações levantadas e determinou a revogação da medida anterior e a retomada dos repasses à concessionária para que as obras fossem reiniciadas.

A motivação dessa última decisão revela que o principal fator considerado pelo TCE/RJ foi a necessidade de o Estado do Rio de Janeiro mitigar as suas perdas no cenário em que se encontrava. Com base nesse raciocínio, muito embora tenha reconhecido o prejuízo causado pela concessionária ao Estado em razão de superfaturamento e sobrepreço, o Tribunal avaliou que melhor seria ao próprio Estado que as obras – com os repasses à concessionária – fossem retomadas.

Para além de ter despertado o interesse do pesquisador sobre o tema, esse caso ilustra o peso do consequencialismo no processo de tomada de decisões cautelares pelos órgãos de controle.

Muitas vezes, a decisão mais adequada não é aquela que determina, por exemplo, a suspensão dos pagamentos ao contratado, mas, sim, aquela que veicula alternativa que, a um só tempo, não comprometa a continuidade da execução contratual e tampouco as possibilidades de ressarcimento do ente público lesado.

¹ Faço referência ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e ao Tribunal de Contas da União.

² Como regra, essas medidas são materializadas em retenções de pagamentos ao contratado.

A inserção do consequencialismo na tomada de decisões vai ao encontro dos novos dispositivos inseridos pela Lei nº 13.655/2018 à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que colocam a análise das consequências práticas no centro do raciocínio daquele a quem incumbe tomar decisões na esfera administrativa, controladora e judicial.

A consideração das alternativas de curso de ação e suas consequências aproxima a Administração Pública da dinamicidade das relações sociais e dos conflitos a ela inerentes, permitindo que decisões não só tenham respaldo legal, mas também - e sobretudo - se justifiquem sob o aspecto prático.

Os órgãos de controle devem buscar, a todo tempo, mitigar as perdas porventura existentes, de forma que, em situação de irregularidade (tal qual a de superfaturamento e sobrepreço), a suspensão imediata do contrato pode não ser a solução que melhor atenda ao interesse público³.

Nesse sentido, o propósito do trabalho é analisar como os órgãos de controle vêm decidindo, cautelarmente, em casos de irregularidades em contratos administrativos, a fim de atestar se o consequencialismo integra o processo decisório.

Com o resultado dessa pesquisa, pretende-se apontar, conclusivamente, se as consequências da decisão são consideradas pelos órgãos de controle e propor, a depender do resultado, aprimoramento no processo de tomada de decisão ou mesmo a adoção de nova prática jurídica, consistente na rigorosa observância do consequencialismo, em especial à luz do dever de mitigar as perdas, aplicável em casos de irregularidades em contratos administrativos.

2. Justificativa da relevância prática e do potencial inovador

A pesquisa pretende identificar os elementos a serem considerados pelos órgãos de controle na tomada de decisões cautelares, mesmo em hipóteses delicadas, tal qual a narrada, em que foram identificadas práticas de sobrepreço e superfaturamento na obra da linha 4 do Metrô e, ainda assim, o TCE/RJ admitiu a continuidade do repasse de valores ao responsável pela irregularidade.

A discussão travada naquele caso e em tantos outros de mesma natureza são marcadas pela tensão entre a peremptória necessidade de estancar os prejuízos ao erário decorrentes da paralisação da obra e/ou serviço contratado e, em contraste, a também obrigatoriedade de se preservar o patrimônio público e zelar pelo princípio da moralidade.

³ Sem prejuízo da discussão em torno da constitucionalidade de medidas dessa natureza.

Essa colisão de interesses, presente em casos de irregularidades em contratos administrativos, torna o estudo do tema singular, relevante e inovador, considerando que uma das etapas do processo decisório do órgão controlador deve ser a análise das alternativas de ações e as consequências da decisão.

Essa etapa considera o contexto no qual a decisão é tomada e as potenciais consequências dela advindas. Dentro da análise das consequências possíveis, uma delas é se o resultado a ser obtido mitiga ou reduz as perdas do ente público ou, ao revés, o coloca em situação pior, adotando como baliza a situação fática existente quando da tomada de decisão, de forma que, mesmo em um cenário no qual tenha ocorrido sobrepreço e superfaturamento, se possa cogitar da continuidade de repasses de verba pública para o responsável por essa prática, tal como aconteceu no caso apontado anteriormente.

Decisões fundamentadas abstratamente nos princípios da legalidade, indisponibilidade e supremacia do interesse público são coerentes do ponto de vista normativo. Porém, embora adequadas com os valores e normas constitucionais, essas decisões devem, de igual forma, passar no teste de aceitabilidade de suas consequências jurídicas.

A pesquisa tem por objetivo explorar outros fatores – fora esses princípios abstratos – que devem fazer parte do processo de tomada de decisão de gestores públicos e órgãos de controle, em especial o dever de mitigar as perdas, que tem ampla aplicação no Direito Privado, mas ainda é pouco enfrentado no campo do Direito Público.

A singularidade da pesquisa e as lições que dela se espera produzir abrem portas para debates inovadores em torno de assuntos que, ainda hoje, são tratados como dogmas no Direito Administrativo brasileiro. Ganha relevo a pesquisa proposta após a recente promulgação da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e fez menção expressa à necessidade de as consequências das decisões serem analisadas.

3. Familiaridade do pesquisador com objeto da pesquisa

O pesquisador exerceu o cargo de Procurador Federal e, atualmente, exerce o cargo de Procurador do Município de Nova Iguaçu, o que lhe proporciona manter estreito contato com temas relacionados às contratações públicas.

Essa experiência diária dentro da Administração Pública permite ao pesquisador identificar situações que podem contribuir para o desenvolvimento do trabalho a ser produzido.

Como advogado privado, o pesquisador atua em processos administrativos, em especial os de natureza sancionatória, que também atraem a aplicação do consequencialismo e que, por essa razão, podem servir de experiência prática para a pesquisa.

4. Definição do modelo de pesquisa

A pesquisa objeto do presente trabalho enquadra-se como exploratória de prática jurídica.

O roteiro planejado para a pesquisa parte, inicialmente, do mapeamento das decisões cautelares proferidas pelo TCU, com o objetivo de verificar como esse órgão se comporta quando confrontado com situações irregulares em contratos administrativos

Pretende-se analisar todas as decisões de janeiro de 2015 a dezembro de 2018, porém abrindo espaço para a análise de decisões proferidas até a data de depósito desse trabalho, em especial para verificar se, após a mudança da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655, de 2018, o TCU alterou o método usual de racionalidade decisória.

Com o resultado dessa pesquisa jurisprudencial, a ideia é analisar criticamente os achados com ênfase em um viés consequencialista, isto é, responder à seguinte indagação: as decisões consideraram as várias alternativas de ação e as suas consequências práticas?

A resposta que se pretende oferecer passa pela propositura de eventuais aprimoramentos no processo de tomada de decisão, o qual deve ser conduzido por um viés consequencialista, em especial à luz do dever de mitigar as perdas, aplicável em casos de irregularidades em contratos administrativos.

No curso da pesquisa preliminar, verificou-se, por exemplo, que o TCU, no processo 010.481/2016-8, deferiu cautelar, em 14/03/2018, para que determinada estatal suspendesse integralmente a execução do contrato objeto da auditoria e que se abstinhasse de efetuar qualquer pagamento relacionado ao referido ajuste, até que o TCU se pronunciasse quanto ao mérito do processo.

O acórdão que resultou nessa determinação⁴ não indica as possíveis consequências dessa decisão e nem demonstra, comparativamente, que o deferimento da cautelar diminui os prejuízos à entidade lesada.

⁴ Acórdão nº 508/2018.

Meses depois, em 22/08/2018, após a oitiva das partes envolvidas, o TCU alterou seu posicionamento para que a suspensão fosse parcial, de modo que foi autorizada a continuidade dos serviços nos limites impostos em planilhas elaboradas no curso da instrução do processo⁵.

A mudança de entendimento se deu somente pela consideração, nessa segunda oportunidade, das consequências negativas (antieconômicas) que a suspensão integral do contrato impôs à própria entidade lesada.

É a partir de achados como esse que a pesquisa pretende avançar no seu propósito.

5. Desdobramento da questão central e sequência lógica

- 1) Quais são os parâmetros decisórios adotados pelo TCU, em sede cautelar, quando confrontado com situações irregulares em contratos administrativos, em especial superfaturamento e sobrepreço?
- 2) Quais são os fundamentos jurídicos utilizados pelo TCU para determinar, cautelarmente, medidas no sentido de paralisar o curso de obras e/ou serviços contratados? O TCU traça considerações acerca das consequências da decisão adotada?
- 3) Em que consiste o dever de mitigar as perdas e como ele pode ser aplicado para a Administração Pública?
- 4) Qual é a fundamentação jurídica e os possíveis riscos associados à decisão de prosseguir com um contrato em que tenham sido apuradas irregularidades como sobrepreço e superfaturamento? Quais são as cautelas que o TCU deve observar nessas hipóteses?
- 5) Decisões que determinem a continuidade de um contrato nessas circunstâncias possuem adequado fundamento jurídico? O atual marco legal é suficiente para embasar decisões nesse sentido? Mitigar as perdas é um dos elementos que deve guiar a sua decisão?
- 6) Quais fatores devem orientar os órgãos de controle na tomada de decisão cautelar? Como o processo decisório dos órgãos de controle pode ser aprimorado?

⁵ Acórdão nº 1951/2018.

6. Pertinência das fontes de pesquisa e justificativa de acesso

O trabalho tem como principal fonte de pesquisa a análise das decisões do TCU em temas relativos a irregularidades em contratos públicos.

A ferramenta de busca no *website* do TCU é de fácil manuseio, permitindo ao pesquisador obter, por meio de palavras chaves, decisões sobre o tema escolhido.

O pesquisador optou por não ampliar a pesquisa para o Tribunal de Contas Estaduais, ainda que possa vir a buscar e tomar conhecimento de decisões desses órgãos que sirvam de apoio para o trabalho. Essa opção se deu pela dificuldade no uso da ferramenta de busca desses órgãos, que pode comprometer o rigor acadêmico exigido pelo trabalho.

Em paralelo à pesquisa jurisprudencial no TCU, o trabalho envolverá o estudo da legislação e da doutrina brasileira e estrangeira que pode ser consultada diretamente pelo pesquisador em bibliotecas ou em seu acervo pessoal.

7. Bibliografia preliminar

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato Administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 11, n. 57, set. 2009.

GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos. Casos e polêmicas. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
_____. Direito da contratação pública: críticas e novas perspectivas. Revista de Direito da Procuradoria Geral, edição especial: administração pública, risco e segurança jurídica. Rio de Janeiro, p. 256-272, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª ed. São Paulo: RT, 2016.

LEAL, Fernando, MENDONÇA, José Vicente de (org.). Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

LOBATO NETO, Lucival Lage, TABAK, Benjamin Miranda. A eficiência nas leis nacionais de licitações e contratos administrativos: uma abordagem juseconômica. 1º ed. Curitiba: CRV, 2015.

LOPES, Christian Sahb Batista. A mitigação dos prejuízos no direito contratual. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACCORMICK, Neil. On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin, 58 N.Y.U. L. Rev. 239-258 (1983).

_____. Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University, 2005, p. 101-120.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. O novo estado regulador no Brasil - eficiência e legitimidade. 2ª ed. São Paulo: RT, 2017.

MENDONÇA, José Vicente Santos de, ALMEIDA FILHO, Jorge Celso Fleming de. O argumento consequencialista e sua relação com o princípio da eficiência. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Volume XXIII - Filosofia Constitucional e Teoria do Direito. 1ª ed. Rio de Janeiro: editora APERJ, 2015, v., p. 505-534.

MORAES, Antonio Carlos Flores de. Legalidade, Eficiência e Controle da Administração Pública. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. A causa do contrato administrativo: análise do conteúdo contratual como parâmetro de aplicação do princípio da eficiência. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Meditando sobre as relações entre justiça, eficiência e gestão pública. Revista de Direito da Procuradoria Geral, edição especial: administração pública, risco e segurança jurídica. Rio de Janeiro, p. 132-142, 2014.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios: aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ROSILHO, André Janjácómo. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo, 2016. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

SENNES, Ricardo. *et al* (org.). Novos Rumos para a Infraestrutura: eficiência, inovação e desenvolvimento. 1ª ed. São Paulo: Lex, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Contratações Públicas e seu Controle. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____, CÂMARA, Jacintho Arruda, *et al.*. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. Revista Direito GV, vol. 13, nº 13, folhas 866-890. São Paulo: Revista Direito GV, set-dez 2017.

8. Cronograma de execução

Atividade	2018					2019							Horas
	08	09	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	
Pesquisa de decisões do TCU													100h
Leitura da bibliografia													100h

Redação da introdução														40h
Redação do capítulo inicial														50h
Redação dos capítulos intermediários														50h
Redação dos capítulos finais														50h
Revisão do trabalho														35h
Depósito														Total: 425h