

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

BERNARDO SOUZA BARBOSA

**O CONSEQUENCIALISMO E A MITIGAÇÃO DAS PERDAS NO CONTROLE DE
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

São Paulo
2020

BERNARDO SOUZA BARBOSA

**O CONSEQUENCIALISMO E A MITIGAÇÃO DAS PERDAS NO CONTROLE DE
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Dissertação apresentada à Escola de
Direito de São Paulo da Fundação
Getulio Vargas como requisito para
obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientador: Dr. Carlos Ari Vieira
Sundfeld.

São Paulo

2020

Barbosa, Bernardo Souza.

O consequencialismo e a mitigação das perdas no controle de contratos administrativos pelo Tribunal de Contas da União / Bernardo Souza Barbosa. - 2020.
107 f.

Orientador: Carlos Ari Vieira Sundfeld.

Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Brasil. Tribunal de Contas da União. 2. Processo decisório. 3. Lógica jurídica. 4. Transparência na administração pública. I. Sundfeld, Carlos Ari Vieira. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 351

Ficha Catalográfica elaborada por: Raphael Figueiredo Xavier CRB SP-009987/O
Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas - SP

BERNARDO SOUZA BARBOSA

**O CONSEQUENCIALISMO E A MITIGAÇÃO DAS PERDAS NO CONTROLE DE
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Dissertação apresentada à Escola de
Direito de São Paulo da Fundação
Getúlio Vargas como requisito para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Público.

Data de aprovação: 25/06/2020.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Carlos Ari Vieira Sundfeld
FGV - EDSP

Prof. Dr. André Janjácomo Rosilho
FGV - EDSP

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira
UFPR

Dedico este trabalho de conclusão de curso à minha avó Eneida (*in memoriam*), fiel incentivadora dos meus estudos e crescimento profissional.

AGRADECIMENTOS

A solidão do estudo é realmente aparente, pois não reflete todo o apoio recebido daqueles que me cercam, que tornou prazerosa as quinzenais idas a São Paulo por um ano e meio. Por isso, agradeço a todos os meus familiares, em especial minha mãe, e amigos pela torcida durante todo esse período.

Estendo o meu agradecimento a todos os amigos de Motta, Fernandes Advogados e da Procuradoria de Nova Iguaçu que acompanharam de perto essa fase de minha vida.

Aos velhos e novos amigos de Brasília também devo a minha gratidão. Não é fácil se mudar do Rio de Janeiro, ainda que com todos os seus problemas, para outra cidade. E isso só se tornou fácil graças às amizades feitas na capital, em especial as provenientes da Procuradoria Federal.

Também não poderia deixar de agradecer aos integrantes da Secretaria de Desestatização do Ministério da Economia. Fazer parte desta equipe é motivo de orgulho. Espero que o conhecimento adquirido no mestrado seja vertido no meu trabalho na Secretaria.

Por fim, e realmente não menos importante, registro o meu agradecimento a todos os professores do mestrado, o que faço em nome do meu orientador Carlos Ari Vieira Sundfeld. A ele faço aqui um registro especial da sorte que tive de tê-lo como orientador do trabalho de conclusão de curso.

Com o brilhantismo que lhe é singular, seus comentários e ponderações foram valiosos para a produção deste trabalho e para a minha evolução pessoal e profissional. Meu muito obrigado pela paciência e leveza na condução da orientação.

RESUMO

Entender a prática decisória do Tribunal de Contas da União é uma das formas de se avaliar a capacidade deste órgão em cumprir, em menor ou maior grau, a missão constitucional de proteger o patrimônio público. Nesse sentido, busca-se, através deste trabalho, analisar criticamente as decisões do Tribunal em casos de irregularidades contratuais para verificar se o conteúdo da decisão e sua motivação são aptos a assegurar o melhor resultado prático possível. Palpites, achismos e argumentos retóricos são artifícios para a criatividade e voluntarismo do tomador de decisão e, ao mesmo tempo, limitam a capacidade de comparação entre os benefícios das alternativas decisórias. Argumentos de cunho consequencialista, por sua vez, dizem respeito aos efeitos concretos da decisão, permitindo que o tomador de decisão pondere e compare o custo e benefício de cada uma das opções disponíveis. Da pesquisa jurisprudencial conclui-se que, como regra, o Tribunal fundamenta suas decisões em valores abstratos e desconsidera as respectivas consequências práticas. Propõe-se, assim, que o Tribunal de Contas da União incorpore o consequencialismo no seu processo de tomada de decisão para considerar os efeitos esperados de cada alternativa decisória e permitir ao julgador a escolha da decisão geradora do melhor resultado prático. No exame de irregularidades contratuais, o Tribunal deve guiar-se pela lógica de que os prejuízos da entidade pública lesada devem ser mitigados na maior medida possível, como um desdobramento da proteção ao patrimônio público.

Palavras-chave: Prática decisória. Valores abstratos. Consequencialismo. Mitigar as perdas.

ABSTRACT

Understanding the decision-making practice of the Federal Court of Auditors is one of the ways of assessing the capacity of this Court to fulfill, to a lesser or greater degree, the constitutional mission of protecting public assets. In this sense, this work aims to critically analyze the Court's decisions in cases of contractual irregularities to verify whether the content of the decision and its motivation are able to ensure the best practical result possible. Hunches, guessing and rhetorical arguments are devices for the creativity and voluntarism of the decision maker and, at the same time, limit the ability to compare the benefits of the decision alternatives. Consequentialist arguments, in turn, concern the decision's concrete effects, allowing the decision maker to ponder and compare the cost and benefit of each available option. From the jurisprudential research it is concluded that, as a rule, the Court bases its decisions on abstract values and disregards the respective practical consequences. It is proposed, therefore, that the Federal Court of Auditors incorporate consequentialism in its decision-making process to consider the expected effects of each decision-making alternative and allow the judge to choose the decision that generates the best practical result. In examining contractual irregularities, the Court must be guided by the logic that the losses of the injured public entity must be mitigated to the greatest extent possible, as an unfolding of the protection of public property.

Keywords: Decision-making practice. Abstract values. Consequentialism. Mitigate losses.

LISTA DE SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade.

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres

CNPq - Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico

CPC – Código de Processo Civil.

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

EPE - Empresa de Pesquisa Energética.

LINDB - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

PL – Projeto de Lei.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCE/RJ - Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro

TCU – Tribunal de Contas da União.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. ENTENDENDO O CONSEQUENCIALISMO.....	13
1.1. Consequencialismo como elo entre a legislação e o mundo dos fatos.....	13
1.2. A importância do consequencialismo.....	21
1.3. A atividade de controle e a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.....	28
2. O CONTROLE ADMINISTRATIVO E SEUS PARÂMETROS.....	32
2.1. As atribuições do TCU no controle de contratos administrativos.....	32
2.2. Quais são os parâmetros decisórios do TCU no controle dos contratos administrativos?.....	35
2.3. O que se entende por dever de mitigar as perdas e como essa ideia pode ser aplicada pelas Cortes de Contas?.....	40
3. ACHADOS DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL DO TCU.....	45
3.1. Comentários gerais sobre os achados jurisprudenciais.....	70
4. CONCLUSÃO.....	76
BIBLIOGRAFIA.....	84
APÊNDICE A – Planilha com os julgados analisados do TCU.....	89

INTRODUÇÃO

Opinar sobre a capacidade de um órgão de controle proferir decisões alinhadas com seus objetivos institucionais exige um olhar para a sua jurisprudência e, sobretudo, para os fundamentos utilizados para decidir.

Em linhas gerais, o principal papel do Tribunal de Contas da União (TCU), como de qualquer outra Corte de Contas, é zelar pelo patrimônio público. E isso pode ser alcançado através de vários comandos decisórios, a depender das circunstâncias do caso. A questão subsequente e necessária que se coloca, então, é verificar se, dentre as alternativas decisórias, o Tribunal vem escolhendo aquela que, em maior medida, proteja o patrimônio público. Nesse ponto, a avaliação das consequências de cada alternativa decisória é etapa central do processo de tomada de decisão.

No âmbito do controle de contratos administrativos, o TCU é levado a se manifestar em situações nas quais a entidade pública contratante está sofrendo alguma espécie de prejuízo¹, devendo a Corte, nesse caso, considerar que a sua intervenção deve ser direcionada para minimizar as perdas apuradas.

Sob essa ótica, o trabalho parte da investigação da jurisprudência do TCU em processos de irregularidades contratuais para verificar se esse órgão de controle considera ou não as consequências no processo de tomada de decisão ou se suas decisões são fundamentadas em razões outras que impeçam a avaliação comparativa dos efeitos práticos subjacentes.

Essa análise é especialmente relevante em um contexto no qual decisões são fundamentadas exclusivamente com base em princípios, os quais se acomodam ao sentido que o tomador de decisão de plantão lhe quer dar, ou em intuições particulares daquele responsável por decidir, as quais ganham certo grau de respeitabilidade não

¹ Cite-se, a título de exemplo, prejuízo decorrente de superfaturamento.

por estarem respaldadas em dados empíricos, mas sim pela cultural autoridade de que desfruta.²

O apego a essas práticas decisórias limita o raciocínio do tomador de decisão em busca de boas soluções e acaba por impedi-lo de ponderar o benefício de cada alternativa para escolher aquela que melhor atenda a finalidade almejada.

Decidir com base em valores abstratos sem considerar os possíveis efeitos das opções decisórias impede que o julgador faça uma avaliação comparativa para, de forma informada, optar por aquela que minimize, em maior escala, as perdas para o ente público, o qual, em situações de irregularidades contratuais, já se encontra em posição de vulnerabilidade.

Este trabalho não busca contestar a utilidade de valores e princípios para o ordenamento jurídico, mas questiona a sua eficácia para, de forma isolada, fundamentarem decisões que propiciem os melhores efeitos práticos para o ente público lesado. Se é missão institucional do TCU zelar pelo patrimônio público, não se pode admitir que processos sejam julgados com base em argumentos vagos, palpites ou suposições, mas sim que devam conter argumentação densa e que, a partir de elementos e dados concretos, seja capaz de demonstrar que o dispositivo proclamado é aquele que melhor atinge o objetivo almejado.

Com o resultado dessa pesquisa, pretende-se apontar, conclusivamente, se as consequências da decisão são, quando necessárias, consideradas pelo TCU e propor 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 da noção de mitigar as perdas na maior medida possível, a qual tem aplicabilidade em processos de controle de irregularidades em contratos administrativos.

² Sobre essas práticas decisórias, ver MENDES, Conrado Hübner. Jurisprudência Impressionista. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>>. Acesso em 3 de maio de 2020; e MENDONÇA, José Vicente Santos de. Em defesa do consequenciachismo. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vice-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>>. Acesso em 3 de maio de 2020.

Propõe-se, assim, que a consideração das consequências de cada alternativa decisória é a via pela qual se permite ao tomador de decisão ponderar os custos e benefícios de cada uma delas e, a partir dessa comparação, optar por aquela que entregue os melhores resultados.

1. ENTENDENDO O CONSEQUENCIALISMO

1.1. Consequencialismo como elo entre a legislação e o mundo dos fatos

Afirmar que o direito não pode ser desconectado da realidade é algo que decorre da própria compreensão de que o ordenamento jurídico é, em certa medida, um produto dos costumes, práticas e cultura local.

Refletindo, pois, valores compartilhados pela sociedade local, o ordenamento jurídico pode ser encarado como um instrumento para promover a organização social, assegurar a proteção de direitos e reger o funcionamento de instituições.

E, como todo instrumento, o seu bom uso depende daquele que o manuseia.

A qualidade daquele que opera o Direito é medida pela sua capacidade analítica de interpretar os fatos postos à luz da legislação vigente e identificar, casuisticamente, a decisão que melhor atenda ao fim almejado.

Quando se fala em “decisão que melhor atenda ao fim almejado” parte-se do pressuposto de que as regras e princípios jurídicos podem ser aplicados de diversas formas, não possuindo, com raríssimas exceções (se é que existem), sentido uníssono. Ou seja, o intérprete do Direito enfrenta, invariavelmente, o desafio de ponderar o texto normativo e todas as interpretações que o permeiam à luz das circunstâncias específicas de cada um dos casos que lhe são submetidos.

Assim, a atividade decisória exige o enfrentamento de um conjunto de elementos, provas e escolhas para se chegar à decisão final. Nessa tarefa, complexa por natureza, vários fatores podem influenciar o julgamento. A singular “bagagem” pessoal que cada intérprete traz consigo tem papel relevante. A inclinação política do julgador, por exemplo, tem potencial de impactar o modo como os fatos são interpretados e, por arrastamento, quais valores devem preponderar numa eventual colisão de interesses.

Todos esses fatores levaram Grau (2009, p. 40) a constatar a inviabilidade de existir uma única solução para um caso jurídico e a descrever a interpretação de texto normativo a algo análogo ao que se passa na interpretação musical:

“Não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven: a Pastoral regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas.”

Essa metáfora ilustra as variações que a atividade interpretativa pode promover. E o que propicia esse cenário no aspecto normativo é a textura aberta do Direito³, a qual decorre da própria limitação humana de prever, com precisão, todas as possibilidades, sejam presentes ou futuras, a serem abarcadas em um mesmo dispositivo legal. Significa, assim, que o texto normativo tem conteúdo indeterminado por natureza.

A impossibilidade de se definir com plenitude, de antemão, todas as situações a serem dirimidas por um dispositivo legal faz com que o legislador elabore leis com textura aberta. Decorre daí a relevância do papel do intérprete da lei, a quem incumbe primordialmente construir o sentido da norma contida no dispositivo legal.⁴

A falta de clareza do sentido das normas jurídicas, aliada à multiplicidade de situações fáticas que a realidade impõe, exige do julgador bem mais do que uma atividade mecânica de submissão do fato à regra.

A tarefa de construir o significado da norma demanda que o intérprete disseque os conteúdos dos dispositivos aplicáveis e os conecte com todos os elementos

³ HART, Hebert. L. A.. O conceito de direito. Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

⁴ Nesse sentido, assinala Humberto Ávila: “é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar [...]” (ÁVILA, 2005, p. 25/26)”

atinentes ao caso examinado, em uma atividade rigorosamente artesanal, se levada à sério.

Bem executada, a atividade do intérprete produz resultado sob medida para o caso julgado e isso se dá porque as regras e princípios jurídicos podem tomar formas distintas a depender das circunstâncias e contexto nos quais se aplicam.

Tanto as regras, cuja principal característica é serem imediatamente descritivas, quanto os princípios, que, ao revés, são imediatamente finalísticos⁵, são objeto de interpretação, ainda que estes ofereçam maior espaço do que aquelas.

Esse quadro impede que, aprioristicamente, se determine a solução adequada para uma controvérsia, inclusive na hipótese em que se indique previamente o princípio ou regra jurídica a ser aplicado. A variedade de sentidos que se pode atribuir à norma aliada à singularidade das circunstâncias de cada um dos casos postos para exame permite que, para atingir um único objetivo, mais de uma decisão seja possível de ser tomada.

Ou seja, embora o órgão responsável por decidir declare que seu propósito é zelar pelo interesse público, não é possível, de antemão, afirmar qual será o comando contido na parte dispositiva da decisão.

Nesse cenário, a avaliação dos efeitos da decisão se apresenta como ferramenta para auxiliar o tomador de decisão a decidir.

A missão atribuída ao intérprete de dar concretude aos dispositivos legais atrai, do mesmo modo, responsabilidade de semelhante envergadura, notadamente a de explicitar o percurso trilhado para chegar ao dispositivo exarado. De certo modo, o amplo espaço para interpretação impõe, em contraponto, que o responsável por decidir aponte de maneira clara e precisa os fundamentos que justificam a decisão proferida. De maneira objetiva, a fundamentação da decisão é a forma do tomador de decisão prestar contas das suas atividades.

⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. p. 70. 4ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

É o raciocínio empreendido pelo julgador que expressa rigorosamente como cada um dos elementos discutidos no processo foram interpretados e, ainda mais importante, os motivos que levaram determinada decisão a ter prevalecido frente às outras possíveis.

O conhecimento daquilo que foi considerado pelo julgador é pressuposto para que a decisão seja submetida ao crivo de seus destinatários, os quais, munidos de todas as informações relativas ao julgamento, podem impugnar ou concordar com o raciocínio desenvolvido.

O conhecimento do raciocínio desenvolvido pelo julgador por parte dos destinatários – imediatos e mediatos – da decisão permite, ainda, que se avalie a efetividade do comando à luz da finalidade perseguida.

Se, por exemplo, o interesse público for utilizado como argumento central para amparar o dispositivo da decisão, os seus destinatários devem ser capazes de compreender o que se entendeu por interesse público no caso para, paralelamente, avaliar se o comando determinado caminha na direção do objetivo almejado e, mais, se outro comando poderia atingir mesma finalidade a um menor custo.

A mera invocação do interesse público, desacompanhada de considerações sobre como o princípio foi interpretado, não é suficiente para esclarecer aos destinatários da decisão o entendimento do julgador sobre a matéria, desatendendo, por consequência, a própria necessidade de motivar adequadamente a decisão.

Assim, sob a ótica dos destinatários da decisão, inclusive (ou em especial) o sucumbente, todo o percurso dessa atividade decisória precisa ser compreendido. Não só para o exercício do constitucional direito de defesa, mas também para que não se questione, de forma sistêmica, a legitimidade do órgão decisório e, por consequência, a própria aceitabilidade da decisão, ainda que contrária aos interesses daquele que sucumbiu. Manter hígida a confiabilidade dos cidadãos nas instituições é pressuposto de todo Estado Democrático de Direito.

E para que isso ocorra é imprescindível que, no mínimo, a decisão seja devidamente motivada. Pressupõe, assim, que o julgador explicita, sem obscuridade, o raciocínio empreendido para chegar à convicção que resultou na decisão proferida. Ao destinatário da decisão deve ser dado o direito de compreender os fundamentos estruturantes da decisão. A motivação é, pois, a via pela qual se faz possível o controle do ato.

Assistir a julgamentos e ler os votos proferidos por cada um de seus participantes permite não só a compreensão da parte dispositiva da decisão, mas também, e em especial, da linha de raciocínio percorrida por cada um deles para chegar à conclusão.

Entender como os fatos foram considerados, as provas valoradas e, finalmente, como a decisão foi arquitetada, é imprescindível para o efetivo controle do julgamento.

Surge, então, o questionamento sobre o que deve ser tratado na motivação. Devem ser citados os dispositivos legais aplicados? Deve ser especificado como os fatos foram compreendidos? Deve ser feita a indicação de como cada uma das provas produzidas foi valorada? As consequências práticas da decisão devem ser objeto de análise ou o seu exame é dispensável? Deve ser mencionada a doutrina ou jurisprudência que dê respaldo à decisão? Todas essas perguntas demonstram a elasticidade do que se pode perquirir em cada pronunciamento decisório, independentemente de sua relevância.

Em outras palavras, apontar o que deve ser tratado na motivação não é mera formalidade. Serve para medir a própria qualidade da decisão sob a perspectiva da densidade da fundamentação veiculada. Daí a diferença de uma decisão que simplesmente menciona genericamente um princípio jurídico para sustentar a sua parte dispositiva de outra que, para além de indica-lo, exterioriza o significado que a ele se deu e o propósito de tê-lo utilizado.

Na medida em que o julgador avança na fundamentação da decisão, tratando de justificá-la com argumentos de natureza diversa, essa passa a ter mais solidez e, sob a ótica descrita, mais qualidade.

Nessa circunstância, a preocupação demonstrada pelo tomador de decisão de concretizar princípios e valores abstratos, bem como de fundamentar suas decisões em dados e elementos reais, e não em meras suposições, confere mais concretude à decisão, já que internaliza na racionalidade decisória elementos palpáveis e perceptíveis a qualquer destinatário.

Cabe esclarecer aqui que, quando se fala em repercussão prática, a referência que se faz é direcionada aos impactos materiais que a decisão produz no mundo dos fatos.

Esse movimento de expansão do olhar do julgador para além do texto legal, direcionado para o entorno do campo de incidência das normas jurídicas, se justifica, ainda, pelo protagonismo que órgãos decisórios, especialmente aqueles integrantes do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas, conquistaram para aplicar políticas públicas.⁶

Sendo responsáveis por proferir decisões sobre matérias extremamente impactantes para a população e cuja repercussão têm potencial de irradiar efeitos para incontável número de pessoas, torna-se ainda mais importante que os julgadores se atentem para os efeitos práticos que suas decisões podem produzir.

O debate em torno das consequências práticas do comando decisório estreita, assim, a ligação entre o Direito e o meio em que é aplicado, permitindo, sobretudo, que se avalie a proporcionalidade da medida imposta para atingir o fim almejado.

Desprezar as possíveis consequências da decisão potencializa a chance de resultados indesejados, ainda que involuntários, se concretizarem.

⁶ Sobre o protagonismo de órgãos jurisdicionais, ver PARGENDLER, Mariana, SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, p. 115-117, jan./abr. 2013.

Nesse sentido, cite-se, a título de exemplo, decisões liminares que suspendem reajustes promovidos por operadoras de planos de saúde previamente avalizados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Ainda que bem-intencionadas e a pretexto de evitar a lesão de consumidores⁷, decisões dessa natureza podem gerar resultados indesejados, tais como a diminuição da oferta de planos pelas operadoras e a diminuição da taxa de crescimento do número de beneficiários de planos de saúde privado.⁸

Nesses casos, para aproveitar o exemplo, a suspensão do reajuste dos planos impacta de forma negativa a saúde financeira das operadoras, potencializando o risco de operadoras se retirarem do mercado ou oferecem planos com valores maiores para mitigar essa espécie de risco de congelamento de preço.

E, por certo, da leitura daquela decisão, não se extrai que a vontade do magistrado era atingir esses resultados, os quais aparentemente são contrários, a longo prazo, aos interesses dos consumidores, cuja proteção fora declaradamente intencionada. O uso desse exemplo não serve para pregar o desacerto de decisões dessa natureza relativas ao tema de seguro saúde privado, mas para realçar a importância de se considerar as possíveis consequências do comando decisório para evitar que resultados indesejados se concretizem.

É o que já se faz, de maneira mais difundida, na análise de impacto regulatório, a qual pode ser definida como o “processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão”.⁹

⁷ Vide, nesse sentido, a decisão exarada no processo nº 5010777-40.2018.4.03.6100 em trâmite perante a 22ª Vara Cível Federal de São Paulo. Disponível em: <https://idec.org.br/sites/default/files/arquivos/liminar_justica.pdf>. Acesso em 5 de outubro de 2019.

⁸ Ainda que não seja possível fazer a correlação dessas decisões e os mencionados efeitos, dados obtidos no sítio eletrônico da Agência Nacional de Saúde Suplementar indicam que nos últimos anos a oferta de planos reduziu e que houve pouco crescimento do número de beneficiários. Nesse sentido: <<https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>.

⁹ Diretrizes Gerais e Guia de Análise de Impacto Regulatório (AIR): Resultados da Consulta Pública. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/eventos/2018/diretrizes-gerais-e-guia-de-analise-de-impacto-regulatorio-air-resultado-da-consulta-publica-sag-casa-civil/resultados-cp->

A análise de impacto regulatório se propõe a, previamente a qualquer nova regulação, realizar escrutínio das possíveis consequências da medida a ser implementada. Trata-se de um teste prévio da adequação e efetividade da regulação a ser proposta para enfrentar a falha de mercado a ser combatida.

A menção ao ônus imposto ao regulador antes da expedição de novo regulamento não é à toa. Mesmo dever de casa deveria existir e ser encarado com naturalidade pelo tomador de decisão que for submetido a qualquer caso que não envolva uma atividade meramente mecânica de subsunção do fato à regra, isto é, a maioria dos casos, portanto.

Não raras vezes, em casos examinados por órgãos de controle relativos à irregularidades contratuais, a decisão mais adequada para atender o sempre presente princípio da preservação do interesse público 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. A régua para definir a solução mais adequada para o caso é aquela cuja medição é feita pelas consequências de cada uma das possíveis decisões.¹⁰

Uma das características marcantes da análise de impacto regulatório é a ampla publicidade que se dá às discussões em torno dos efeitos do ato normativo a ser implementado pela agência reguladora. Com isso, garante-se a criação de ambiente propício ao controle por parte de qualquer ator interessado no tema, o que confere, inclusive, grau maior de legitimidade para a agência reguladora.

De nada adiantaria atribuir ao agente responsável por decidir o ônus do regulador de considerar as consequências da decisão se pudesse se desincumbir

air_marco_2018.pdf/@download/file/resultados-cp-air_marco_2018.pdf>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

¹⁰ Cite-se, a título ilustrativo, o exemplo ventilado por Didier e Oliveira (2019, p 151): “Para anular um contrato de parceria público-privada de gestão de um hospital público, com base no princípio da economicidade, por exemplo, o juiz precisa avaliar as consequências dessa decisão e verificar se a solução dada ao caso é necessária e adequada se comparada, por exemplo, à revisão do contrato, com manutenção da parceria.”

dessa tarefa sem expor de que forma e como as digeriu. Ou seja, não teria utilidade alguma o tomador de decisão avaliar de forma obscura e misteriosa as possíveis consequências da decisão, tampouco tratar de forma discreta sobre o peso conferido a cada um dos seus efeitos possíveis. É justamente a exposição franca e aberta das repercussões práticas que reduz a distância do conteúdo escrito de um processo da realidade fática em torno dele.

A consideração das alternativas de curso de ação e suas consequências aproxima o julgador 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, eis que, em última instância, são emanadas para produzir efeitos externos ao processo.

Nesse contexto, partindo do pressuposto de que a missão constitucional outorgada aos Tribunais de Contas é zelar pelo patrimônio público, no âmbito do controle dos contratos administrativos, os órgãos de controle devem proferir decisões que revertam ou minimizem as perdas porventura identificadas em desfavor entidade pública contratante. Ou seja, apurada a ocorrência de determinada irregularidade contratual, tal como superfaturamento, a ordenação de medida que implique, na prática, na suspensão imediata do contrato pode não ser a solução que melhor atenda ao interesse público.¹¹ É, então, a consideração das consequências da decisão que abre portas para o julgador refletir e comparar os efeitos de cada uma das alternativas decisórias disponíveis.

1.2. A importância do consequencialismo

Um argumento de cunho consequencialista é aquele que trata os efeitos esperados da decisão como fator determinante para justificar comando em dado sentido. Ou seja, parte-se de uma avaliação prévia dos possíveis efeitos da decisão para toma-la.¹²

¹¹ Além de ser de duvidosa constitucionalidade, considerando o rol exaustivo do artigo 71 da CRFB/88, em especial o seu parágrafo primeiro.

¹² ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentos consequencialistas e Estado de direito: subsídios para uma compatibilização, p. 4-5. Disponível em:

Por considerar as possíveis repercussões da decisão no momento de decidir, argumentos consequencialistas ganham especial destaque, como se adiantou, em um ambiente no qual as regras e princípios têm como característica marcante a indeterminação de seus respectivos sentidos.

A simples menção de princípio jurídico não conduz necessariamente a uma única solução. Ao revés, princípios, dotados, por sua natureza, de elevado grau de indeterminação, são vocacionados a fundamentar decisões em direções díspares.¹³

A constatação de que o uso de princípios deve ser acompanhado de argumentação que especifique o entendimento que se dá à norma jurídica que o prevê expressamente ou dela se extrai não deve ser encarada como uma crítica à indeterminação de sentido por si só, até mesmo porque ela decorre da impossibilidade fática do legislador de elaborar dispositivos legais que abarquem todas as situações possíveis.

Nesse sentir, a indeterminação das regras (em menor grau) ou princípios não necessariamente deve ser combatida, eis que é uma característica inerente dessas. A lição que se retira, na verdade, é que o manuseio de normas de conteúdo indeterminado exige que o julgador as complemente esclarecendo o conceito que delas se extrai e o resultado que se pretende ver concretizado com a aplicação da norma. Assim o fazendo, aquelas regras ou princípios que, abstratamente, podem assumir incontáveis significados passam a ganhar contornos customizados para o caso analisado.

Se o julgador não se desincumbir de dar concretude à indeterminação de conteúdo porventura existente¹⁴, a fundamentação de sua decisão não passará de

<<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

¹³ Nesse aspecto, vale citar a consideração de Justen Filho (2018, p. 23-24) sobre esse quadro: “Tem-se verificado no direito público a invocação de fórmulas verbais destituídas de conteúdo determinado e que podem conduzir a resultados muito diversos. O exemplo mais evidente relaciona-se com a fórmula “interesse público”. Independentemente de qualquer disputa sobre o próprio conceito de “interesse público”, é irrefutável que nenhuma decisão concreta pode ser extraída diretamente dessa fórmula.”

¹⁴ As normas de conteúdo determinado, ao revés, não dependem que o tomador de decisão dê concretude ao seu conteúdo.

verdadeiro exercício de retórica, incapaz, portanto, de efetivamente justificar os motivos que embasaram o comando exarado.

Nessa mesma linha, Sundfeld (2014, p. 215) registra o potencial danoso das normas com conteúdo indeterminado nas mãos de agentes preguiçosos.¹⁵

O discurso jurídico vazio, ainda que eloquente, não tem qualquer utilidade para motivar, legitimar e fundamentar a decisão proferida. E, se assim o é, discursos dessa natureza se aproximam daqueles característicos de decisões autoritárias.

A argumentação ventilada não se caracteriza como um argumento *ad terrorem*, mas sim uma descrição fidedigna da (falta de) qualidade de decisões embasadas em valores abstratos e despidas de diálogo sobre os seus respectivos efeitos e significado.¹⁶

A constatação de que decisões judiciais¹⁷ são, com frequência, fundamentadas exclusivamente em princípios levou Mendonça (2018)¹⁸ a utilizar a expressão “princiachismo” para se referir à indissociabilidade entre o uso de princípios e à arbitrariedade, em maior ou menor grau, do tomador de decisão. Esse retrato mostra a insuficiência dos princípios para, de forma isolada, fundamentarem adequadamente a decisão e assegurarem que comando ordenado é, dentre as alternativas, aquele que melhor atinge o objetivo perseguido pelo tomador de decisão.

E não é só. A dinamicidade das relações sociais e, por arrastamento, das situações litigiosas exigem do intérprete que este se debruce sobre a demanda com

¹⁵ “Para que, no debate jurídico, os princípios não sirvam como armas de espertos e preguiçosos é preciso impor, a quem os emprega, os ônus que lhes são inerentes.”

¹⁶ Nesse sentido, cite-se a consideração de Bustamante (2008, p. 359-360) sobre a evolução da teoria da argumentação jurídica: “De fato, o desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica está umbilicalmente ligado à substituição, no campo específico do direito, do paradigma cientificista pela ideia de uma ciência do direito mais abrangente; de uma ciência do direito que passa a pretender encontrar instrumentos não só para explicar como se forma uma decisão jurídica, mas para justificá-la: em suma, o teórico do direito passa a perguntar menos ‘como(?)’ e mais ‘por que(?)’”

¹⁷ Não se trata, entretanto, de exclusividade de decisões proferidas por órgãos com poder jurisdicional. Mesma prática decisória pode ser identificada no âmbito da atuação dos Tribunais de Contas.

¹⁸ Esse artigo apresenta o contraste entre o que se denominou de “consequenciachismo” frente ao “princiachismo”. Para mais informações, ver artigo de José Vicente Santos de Mendonça disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>>. Acesso em 20 de janeiro de 2020.

vistas a proferir decisão que atinja a finalidade almejada sem correr o risco de resultado distinto ser produzido. E, para que isso ocorra, é inevitável que parcela do seu trabalho seja analisar as consequências práticas da decisão.

Considerá-las no momento de decidir reduz a probabilidade de o resultado prático ser diverso daquele declaradamente almejado pelo julgador e, tal como mencionado no tópico anterior desse trabalho, não faltam exemplos de decisões produzindo resultados diametralmente opostos àqueles desejados pelo julgador.

Partindo desse pressuposto, parece razoável afirmar que aquele que assume o risco de proferir decisão sem considerar as suas possíveis consequências práticas pode vir a ser responsabilizado por desídia no julgamento.

Por certo, enquadrar o julgador que não observa as consequências de sua decisão em tipo legal (de natureza administrativa, cível ou penal) que implique na sua responsabilização não é das tarefas mais fáceis e exige, nos dias de hoje, mudança significativa no estado atual das coisas, o qual impõe diversas barreiras para que o julgador responda efetivamente por desídia na sua conduta profissional.

Tudo depende, no fim, do tratamento dado ao consequencialismo. Se realmente adotado pelos agentes responsáveis por decidir e, adicionalmente, pelas instâncias revisoras, o desprezo quanto às consequências práticas da decisão deveria ser considerado tão grave quanto, por exemplo, o vício de uma decisão proferida por autoridade incompetente para tal.

Se decisão exarada por autoridade incompetente contém vício grave, que dirá de decisão despida de qualquer consideração sobre os efeitos que faticamente pode produzir. Não se trata de comparar decisão proferida por autoridade incompetente com outra decisão proferida à margem da discussão em torno de seus efeitos, pois ambas possuem defeitos graves.

O propósito aqui é exclusivamente destacar a importância do consequencialismo como forma de combate a decisões fundamentadas exclusivamente em valores abstratos.

Incorporar o consequencialismo na racionalidade decisória significa trazer para dentro do escopo da atividade decisória o debate em torno dos efeitos práticos mediatos e imediatos da decisão.¹⁹

O verdadeiro diferencial do consequencialismo é internalizar no julgador a necessidade de diagnosticar e antever os efeitos futuros de cada uma das alternativas de decisões possíveis. Funciona, na prática, como um teste de resultado que deve ser aplicado sobre as opções vislumbradas para verificar as consequências de cada uma delas e, em seguida, compará-las e escolher aquela que melhor produz o resultado almejado.

Nesse ponto, cabe abrir um breve parêntese para realçar a diferença pragmática entre o controle sobre uma decisão que considera os seus possíveis efeitos práticos daquele que recai sobre fundamentação baseada exclusivamente em valores abstratos. No primeiro caso, o debate se concentra em questões concretas, de tal forma que eventual objeção necessariamente se limitará aos elementos e dados utilizados pelo tomador de decisão e às projeções formuladas, tudo à luz de pontos realistas. Por sua vez, no segundo caso, o controle é marcadamente abstrato e as discussões só podem se dar no plano de teorias e ideias gerais. Essa diferença reverbera, portanto, na “controlabilidade” da decisão, pois, ainda que sujeitas a determinado controle, um será em uma esfera palpável, eis que incidente sobre dados e elementos concretos, enquanto outro será em uma esfera abstrata, marcada pela retórica e indeterminação de conteúdo.

Fechado o parêntese, mas ainda nessa linha, para bem aplicar o consequencialismo o julgador deve buscar ter acesso a elementos e informações que o qualifiquem para compreender, digerir e projetar os efeitos práticos de cada decisão possível, podendo se valer para formar o seu convencimento de sua experiência

¹⁹ Nesse sentido, Pogrebinschi (2005, p. 39) afirma que: “É, portanto, antecipando consequências futuras que se produz conhecimento no âmbito do pragmatismo. E estas consequências futuras devem ser permanentemente antecipadas para que se possa conhecer qual delas é melhor, a mais satisfatória, a mais útil e a mais benéfica.”

pregressa ou mesmo de *input* das partes envolvidas, em especial na fase de produção de provas.

Nesse sentido, Leal (2016, p. 28) aponta que argumentos de cunho consequencialista só fazem sentido se estiverem fundamentados em previsões lastreadas em fontes fidedignas²⁰, pois são elas a forma de lidar com o elemento futurístico inerente à atividade de prever efeitos futuros e incertos por natureza.

Por isso, a confiabilidade dos prognósticos está intrinsecamente atrelada tanto à qualidade da base de dados e elementos a que o julgador tem acesso quanto à sua dedicação e habilidade para avaliá-los e desenhar os possíveis efeitos práticos de cada uma das alternativas decisórias.

Coincidindo esses fatores, a aplicação do consequencialismo aprimora a efetividade das decisões à luz de seus respectivos efeitos práticos. Efetiva é a decisão que proteja rigorosamente o interesse objeto de tutela pelo julgador, ao passo que não efetiva é aquela que não atinge o resultado almejado, podendo ser assim caracterizada a decisão que promove interesse diametralmente oposto ao explicitamente perseguido ou que o promova em grau aquém do esperado.

Nessa perspectiva, o grau de observância ao consequencialismo pode ser tratado como um critério de medição da capacidade de a decisão concretizar o seu objetivo.

Por fim, vale realçar a capacidade que uma análise consequencialista tem de concretizar a finalidade das normas jurídicas positivadas. Exemplo julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ajuda a entender essa aptidão. Quando da apreciação da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 1946-DF²¹, cujo objeto era a constitucionalidade do artigo 14 da emenda constitucional nº 20 de 1998²², decidiu-

²⁰ Trecho destacado: “[...] a viabilidade de argumentos consequencialistas é necessariamente dependente da confiabilidade das prognoses feitas sobre o que acontecerá com o mundo caso um determinado curso de ação seja adotado.”

²¹ STF, ADI 1946-DF. Rel. Min. Sydnei Sanches. Julgada pelo Tribunal Pleno em 03/04/2003. Data de Julgamento 16.05.2003.

²² Artigo 14 da Emenda Constitucional 20/98: “O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um

se por dar interpretação conforme a Constituição ao referido dispositivo para excluir de sua incidência o salário maternidade. O fundamento para essa decisão foi estritamente consequencialista, consistente no fato de que a aplicação irrestrita do dispositivo que limita o valor dos benefícios do regime geral de previdência social a um dado valor (incluindo-se aí o salário maternidade) conduziria a uma discriminação da mulher, dificultando a sua inserção no mercado de trabalho.

Isso porque, a prevalecer que o regime geral de previdência social arque apenas com um dado limite do salário à gestante e o empregador com o saldo remanescente, seria criado um forte desincentivo à contratação de mulheres em idade fértil. Esse cenário promoveria, então, a desigualdade entre homens e mulheres.

Concluiu o STF que a fixação de um teto de valor a determinados benefícios previdenciários, por si só, não é inconstitucional, porém a consequência de sua aplicação para o salário maternidade o é, na medida em que caminha na direção contrária à almejada igualdade entre homens e mulheres, também resguardada pela CRFB/88. A análise consequencialista permite que o tomador de decisão avalie se a aplicação da norma jurídica está alinhada com o seu próprio propósito. Nesse sentido, Arguelhes observa que:

em certos casos, argumentar com base nas conseqüências pode ser uma maneira específica de obedecer a normas jurídicas, voltada para a promoção de estados de coisas cuja consecução o ordenamento institui como obrigatória. (2005, p. 17)

Nessa linha, olhar para as consequências pode ser encarada como uma forma de, a um só tempo, produzir decisões em conformidade com o estado desejado pelas normas jurídicas e combater arbitrariedades consistentes no uso de expressões genéricas que nada explicam.

mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.”.

1.3.A atividade de controle e a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

A Lei n. 13.655/2018 acrescentou o artigo 20 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), o qual vigora com a seguinte redação:

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

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

O texto da nova regra legal não esconde o seu real objetivo: combater decisões fundadas unicamente em valores abstratos. E o remédio eleito pelo legislador para enfrentar esse desafio foi impor ao tomador de decisão o dever de obrigatoriamente avaliar as consequências práticas da decisão.

A iniciativa de proposição legislativa teve origem, portanto, em diagnóstico que apontou o uso excessivo de argumentação abstrata e sem conteúdo, caracterizada por discurso marcadamente retórico e descompromissado com os efeitos práticos que a decisão venha a produzir.

A solução, então, foi intervir na racionalidade daquele responsável pela tomada de decisão, atribuindo a ele o dever de tratar expressamente das consequências práticas de sua decisão, caso se utilize de valores abstratos para justificá-la.

O novo endereçamento legal resulta, pois, da vontade de criar instrumento de controle de decisões que, por insuficiência na argumentação, ficavam à margem de qualquer espécie de questionamento. Não é preciso empreender muito esforço para concluir que é significativamente mais difícil recorrer de decisão que simplesmente negue determinada pretensão sob o argumento da necessidade de se preservar o interesse público do que aquela que, ainda que sob o manto de tutelar esse princípio,

pondere as consequências de cada alternativa decisória e demonstre que decisão diversa produziria custos que superam seus benefícios.

A diferença entre essas hipóteses é que na primeira caberia à parte sucumbente a árdua tarefa de impugnar o argumento genérico pautado na preservação do interesse público, o qual pode assumir diferentes contornos a depender da interpretação que lhe é dada, ao passo que na segunda o enfoque recursal seria direcionado para a avaliação dos custos e benefícios indicados.

Enquanto numa a discussão ocorreria em ordem abstrata, na outra o debate seria em concreto. Em tese, ambas as decisões não estariam imunes de controle. Todavia, aquela que efetivamente abre brecha maior para debate é aquela que se debruça sobre circunstâncias e elementos concretos que conectem o caso com o mundo dos fatos, e não aquela que, retoricamente ou não, se reserve a indicar valores abstratos a serem tutelados.

Nesse sentido, o propósito da lei que acrescentou o artigo 20 na LINDB foi adequadamente sintetizado por diversos juristas em parecer em resposta aos comentários tecidos pela consultoria do TCU ao Projeto de Lei (PL) nº 7.448/2017:

Veda, assim, motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos. Obriga o julgador a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão. E, claro, esse dever se torna ainda mais importante quando há pluralidade de alternativas. Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como ‘interesse público’, ‘princípio da moralidade’ e outras.²³ (MARQUES NETO, *et al.*, 2018, p. 4).

Tal como destacado no referido parecer, o tomador de decisão passou a estar obrigado a avaliar, na motivação, os respectivos efeitos práticos, não sendo possível se furtar dessa tarefa se decidir pela utilização de valores abstratos para fundamentar

²³ Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-ao-PL-7.448-17.pdf>>. Acesso em 25 de novembro de 2019.

a decisão. Ou seja, não se admite mais decisões superficiais que não lidem diretamente com as circunstâncias do caso examinado e de suas repercussões.

Nesse aspecto, o consequencialismo pode ser tratado como uma ferramenta para o julgador avaliar os efeitos práticos das decisões, permitindo, assim, que sejam ponderadas as opções disponíveis à luz dos elementos apurados no processo.

Ao mesmo tempo, ao estipular que decisões não podem ser motivadas exclusivamente em valores abstratos, pode-se afirmar que o legislador se preocupou em dotar a atividade decisória de maior grau de profissionalismo. Decisões retóricas (ou preguiçosas) que se limitam a invocar dado princípio não têm mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro.

O julgador avesso às circunstâncias do caso e aos reflexos que sua decisão pode produzir não tem mais um porto seguro de valores e princípios para julgar como lhe convier, de tal forma que, se assim agir, estar-se-á infringindo a lei, notadamente o dever de motivar adequadamente as decisões, cuja falha pode implicar na sua invalidação.²⁴ Ou seja, o não tratamento das consequências quando a sua consideração for obrigatória torna inválida a decisão.

Adicionalmente à invalidade da decisão, pode-se falar em responsabilização do julgador por negligência profissional por não fazer cumprir o comando legal que o impede de decidir unicamente com base em valores abstratos, ainda que ciente da dificuldade de comprovar os requisitos para imputar responsabilidade nesse sentido.²⁵

A inovação legislativa veiculada pelo artigo 20 da LINDB não dá margem para argumentação travestida ou mascarada. As consequências da decisão devem ser endereçadas de forma consistente, pois, do contrário, tratar-se-á de mera retórica, justamente o que a lei desejou combater.

²⁴ O artigo 20 da LINDB não prevê o efeito de seu descumprimento, sendo necessário se valer da lei que regula a ação popular para encontrar os efeitos jurídicos decorrentes da falha da indicação dos motivos que justificaram determinada decisão. Nesse sentido, o artigo 2º, “d” e parágrafo único, “d”, da Lei nº 4.717/1965 prevê que é causa de nulidade a inexistência de motivos.

²⁵ As garantias de vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e aposentadoria com proventos integrais prevista no artigo 73, parágrafo único, da Lei nº 8.443/1992 não tornam os Ministros do TCU imunes à eventual responsabilização por negligência profissional.

Nessas circunstâncias, parece ser razoável afirmar que a inserção do artigo 20 da LINDB é um convite (ainda que compulsório) para o julgador se debruçar e mergulhar no caso analisado. A compulsoriedade do convite – por ser, a partir da inclusão na lei, de observância obrigatória – decorre, como visto, do cenário que precedeu a inovação legislativa.²⁶

Não se pode deixar de mencionar que esse convite ao tomador de decisão para considerar as consequências práticas deve ser interpretado não como uma carta em branco para que decisões criativas e que extrapolem a competência do Tribunal sejam proferidas em nome de super efeitos que produziriam, mas sim como um convite cujo destinatário – o tomador de decisão – fique sujeito às regras impostas, em especial aquelas previstas na CRFB/88 que delimitam a sua competência.

Impor ao julgador que considere as consequências práticas das variadas alternativas decisórias foi a forma apropriada escolhida pelo legislador para combater decisões carentes de fundamentação consistente. Se o tomador de decisão se utilizar de valores abstratos, deve fazê-lo encarando as consequências.

E, ao assim estabelecer, combate-se arbitrariedades e, paralelamente, faz com que o tomador de decisão expanda a sua análise para os efeitos externos do comando decisório e avalie qual dispositivo promove, em maior medida, o resultado desejado. É essa a utilidade e, ao mesmo tempo, o benefício da inovação legislativa do artigo 20 da LINDB.

²⁶ Sobre o assunto, vale citar o comentário de Palma (2019, p. 4) sobre as decisões dos órgãos de controle: “no geral, os controladores adotam uma visão deliberativa limitada ao caso concreto – a casuística -, que não considera os impactos da decisão específica, ou do conjunto decisório sobre a gestão pública em termos de custos, tempo, legitimidade, eficácia da política pública e isonomia perante os demais cidadãos.”

2. O CONTROLE ADMINISTRATIVO E SEUS PARÂMETROS

2.1. As atribuições do TCU no controle de contratos administrativos

As atividades que competem ao TCU estão delineadas na CRFB/88, notadamente no seu artigo 71, e o modelo de repartição de competências ali previsto se aplica, no que couber, aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.²⁷

A descrição das funções que cabem à Corte de Contas em rol exaustivo não é suficiente para eliminar os debates em torno da extensão de sua competência. A delimitação dos contornos sobre os quais as Cortes podem livremente atuar e emitir comandos é um dos temas mais tormentosos na doutrina e jurisprudência nacional.

É frequente, nesse cenário, decisões do TCU que acendem o debate em torno dos limites de sua competência. A título de exemplo, cite-se o acórdão 1.704/2018-Plenário, cujo conteúdo decisório fixou determinações a serem atendidas pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários, as quais podem ser interpretadas como uma intervenção na atividade finalística (atividade regulatória) da referida agência.²⁸

No que se refere ao controle dos contratos administrativos, objeto central da pesquisa jurisprudencial deste trabalho, a CRFB/88 estabelece, no artigo 71, parágrafo primeiro, limitador à atuação da Corte de Contas, ao atribuir ao Congresso Nacional a competência para sustar contratos administrativos.

Caberia à Corte de Contas, então, a adoção de todas as medidas preparatórias ao ato de sustação, tais como acompanhar, auditar, investigar, monitorar, apontar irregularidades a serem sanadas, dentre outras tendentes a assegurar que o

²⁷ Artigo 75 da CRFB.

²⁸ Sobre o tema, ver o artigo intitulado “Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União”. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1741217/mod_resource/content/1/floriano%20de%20azevedo%20marques%20neto%3B%20juliana%20bonacorsi%20de%20palma%3B%20danielo%20rehem%3B%20nara%20merlotto%2C%20yasser%20gabriel%20-%20reputa%C3%A7%C3%A3o%20institucional%20....pdf>. Acesso em 3 de dezembro de 2019.

cumprimento do contrato administrativo se dê em conformidade com os postulados legais e em atenção aos parâmetros de legitimidade e economicidade.

Não lhe é franqueada, todavia, a prerrogativa de diretamente sustar o contrato administrativo caso dada irregularidade identificada não seja sanada pela autoridade pública contratante. Essa decisão, por disposição constitucional expressa, repousa no Congresso Nacional no âmbito federal, configurando-se, portanto, uma decisão de natureza política, ainda que eventualmente fundamentada em argumento técnico apontado pela Corte de Contas.²⁹

Sobre a amplitude das prerrogativas das Cortes de Contas em matéria de contrato administrativo, o STF considerou inconstitucional lei ordinária estadual do Estado do Mato Grosso que pretendia inserir na competência do Tribunal de Contas do Estado o exame prévio de validade de contratos firmados pelo Poder Público local.³⁰ O fundamento adotado para essa declaração de inconstitucionalidade foi justamente o rol taxativo de competências previsto no texto constitucional, que não confere à Corte de Contas a atribuição de realizar controle prévio sobre contratos administrativos.

É importante registrar que existe corrente doutrinária³¹ que defende que a omissão do Congresso Nacional e do Poder Executivo em adotar medidas para sustar

²⁹ Também nesse sentido, cite-se Di Pietro (2013, p. 7-8): “O Tribunal de Contas, por força das normas constitucionais, somente tem competência para sustar atos administrativos, mas não a possui para sustar contratos administrativos. Tal competência foi outorgada ao Congresso Nacional, o que significa que o constituinte quis tirar tal atribuição de um órgão técnico — o Tribunal de Contas — para outorgá-la a um órgão político — o Congresso Nacional. (...) Havendo omissão do Congresso Nacional, volta a decisão para o Tribunal de Contas da União. Porém a sua decisão é de natureza diversa, pois este não poderá fazer a sustação que o Congresso Nacional não quis fazer. A sua decisão terá que limitar-se à declaração de nulidade do contrato e à adoção das medidas cabíveis para responsabilizar a autoridade infratora nas esferas civil, penal e administrativa, sem prejuízo da ação civil por ato de improbidade.”

³⁰ Ementa: “2. O art. 71 da Constituição não insere na competência do TCU a aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo Poder Público. Atividade que se insere no acervo de competência da Função Executiva. 3. É inconstitucional norma local que estabeleça a competência do tribunal de contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o Poder Público. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente. Medida liminar confirmada.” (STF, Tribunal Pleno, ADI 916 / MT – Mato Grosso, Min. Rel. Joaquim Barbosa, DJ 02.02.2009)

³¹ Nesse sentido, cite-se o entendimento de Fernandes: “O Poder Legislativo tem o prazo improrrogável de noventa dias para efetivar o ato de sustação e solicitar as medidas cabíveis, simultaneamente. (...) Decorrido esse prazo sem deliberação, o Tribunal de Contas decidirá a respeito. Com esse comando, a norma desloca para o Tribunal de Contas a competência para sustar o contrato, talvez muito tardiamente, numa tentativa de estabelecer um sistema de freios e contrapesos.” (2005, p. 104)

o contrato transfere para o TCU essa competência, não existindo, portanto, consenso na doutrina sobre a matéria.

Sob a ótica da jurisprudência, verificou-se no transcorrer deste trabalho que o TCU efetivamente expede comandos cujos efeitos práticos se identificam com o efeito de uma sustação contratual. Esse retrato, por sinal, fora destacado por Sundfeld e Câmara (2013, p. 202):

Acontece que o Tribunal de Contas, mesmo não contestando que a repartição abstrata de competências é a que acaba de ser descrita, vem adotando práticas de intervenção direta na execução de contratos da Administração. [...]. Com base nesse raciocínio, o TCU, por exemplo, vem expedindo ordens determinando, cautelarmente, a retenção de pagamentos, a alteração de cláusulas contratuais e outras medidas de intervenção no curso original do contrato.

Por mais que essas medidas não signifiquem, textualmente, a sustação do contrato administrativo, é incontroverso que a retenção de pagamentos em favor do contratado – que representa a principal³² prestação da administração pública contratante – implica, em contrapartida, na paralisação da prestação por parte daquele, eis que não terá qualquer incentivo, nem recurso financeiro, para prosseguir na execução das obrigações que lhe cabem.

Desse modo, a habilidade no manuseio da linguagem por parte da Corte de Contas não tem a aptidão de desnaturar o real efeito prático promovido pela determinação emitida. Qualquer decisão que impacte diretamente na continuidade do contrato administrativo corresponde aos efeitos de uma sustação. A criatividade e retórica não podem ser artifício para legitimar a interferência da Corte de Contas em matéria que não lhe é própria.

Se aos membros do TCU compete exercer o controle da Administração Pública sob a ótica da legalidade, não podem se furtar de respeitar esse princípio na sua atuação, tema que será tratado no próximo tópico.

³² Certamente essa se trata da obrigação mais relevante da administração pública contratante, porém o instrumento contratual pode veicular outras obrigações, tais como as de cunho fiscalizatório.

Portanto, longe de ser uma questão estritamente semântica, a expedição de determinações com conteúdo dessa natureza provoca discussão em torno da constitucionalidade da medida e sugere, na essência, a presença de alguma espécie de vicissitude no processo de tomada de decisão do órgão de controle.

Os membros das Cortes de Contas devem executar o controle que lhes cabe dentro dos limites legais, zelando pelos parâmetros que devem promover e seguindo os imperativos legais no que se refere à racionalidade decisória. Isso significa que, exceto se observado esse trâmite, nem mesmo a boa vontade de determinado integrante da Corte em corrigir dada irregularidade pode servir para justificar medidas em desacordo com essas diretrizes. Esse ponto é relevante para a pesquisa jurisprudencial a seguir apresentada, pois uma das hipóteses testadas é a de que, impulsionados pelo afã de corrigir suposta irregularidade apurada em auditoria, os integrantes da Corte de Contas proferem decisões cautelares interventivas nos contratos administrativos sem considerar as consequências práticas de sua decisão e, adicionalmente, sem medir a constitucionalidade da medida.

Para a pesquisa aqui desenvolvida, essas decisões interventivas, tais como as identificadas na jurisprudência do TCU, fornecem subsídios valiosos para a análise da racionalidade decisória dessa Corte de Contas, em especial para verificar se as consequências da decisão são ou não consideradas, pois são essas situações que possuem maior potencial de provocar uma rica variedade de resultados práticos sensíveis a quaisquer cidadãos no seu dia a dia.

2.2. Quais são os parâmetros decisórios do TCU no controle dos contratos administrativos?

A CRFB/88 estipula os parâmetros que devem nortear a atuação da Corte de Contas no exercício de sua missão constitucional de auxiliar o Congresso Nacional no controle externo da Administração Pública. São eles: legalidade, legitimidade e economicidade.

Ter a legalidade como parâmetro significa que a Corte de Contas deve exercer a sua atividade com a finalidade de assegurar o fiel cumprimento do ordenamento jurídico vigente.³³ Quaisquer desvios praticados por agentes sob a sua fiscalização devem ser combatidos na exata medida dos poderes que a CRFB/88 lhe confere.

Nesse aspecto, é interessante notar que, ao mesmo tempo em que deve ser responsável por zelar pela legalidade, a Corte de Contas também a esse princípio se sujeita. Essa submissão pode ser exteriorizada, por exemplo, através da não extrapolação dos limites constitucionais que delineiam o escopo de sua atuação e, adicionalmente, pela observância das diretrizes legais que incidem sobre o seu processo de tomada de decisão.

Isso pode se expressar através da incorporação na tomada de decisão do consequencialismo quando a fundamentação da decisão estiver apoiada em valores abstratos. O artigo 20 da LINDB³⁴ veda que decisões sejam proferidas com base em valores abstratos sem que sejam consideradas as suas consequências práticas³⁵, bem como estipula o dever de os integrantes das Cortes de Contas demonstrarem a proporcionalidade do comando expedido, inclusive em face das possíveis alternativas.

Sendo um dever legal, decisões que nessas circunstâncias não encarem diretamente as suas possíveis consequências práticas contrariam o referido comando legal e, por conta disso, podem ser objeto de recurso pela parte sucumbente, pois a ela é dado o direito de exigir que o órgão de controle efetivamente incorpore o consequencialismo na decisão, inclusive, se for o caso, modificando o comando anteriormente expedido se constatado que, à luz das consequências, outro comando melhor atende a finalidade almejada.

³³ Adota-se, para essa finalidade, a acepção ampla de legalidade, a qual engloba não só a lei em sentido formal, mas também os princípios constitucionais e demais normas jurídicas previstas no ordenamento jurídico.

³⁴ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

³⁵ O dispositivo legal em referência proíbe que decisões sejam fundamentadas exclusivamente em valores jurídicos abstratos, ou sejam, em normas com conteúdo indeterminado que podem expressar diversos significados. Ao contrário, não se veda que se decida com base em regras, as quais, por natureza, possuem sentido uníssono, afastando-se

A propósito e considerando que a pesquisa jurisprudencial descrita neste trabalho se centrou, preferencialmente³⁶, em decisões de natureza cautelar, o regimento interno do TCU³⁷ prevê os requisitos autorizativos para o deferimento de medida cautelar que determine, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado. De certo modo, ao apontar o risco de ineficácia da decisão final de mérito como um de seus pressupostos, o regimento impõe aos membros da Corte um aceno para o consequencialismo, eis que a análise em torno desse pressuposto gira em torno de 2 opções diametralmente opostas e que pode ser sintetizada na comparação entre as consequências de proferir decisão interventiva ou, em contraponto, de não intervir. Nessa medida, o regimento interno do TCU também serve de amparo para que os membros da Corte considerem uma perspectiva consequencialista no momento de decidir, notadamente em sede cautelar.

Esse amparo não pode servir de instrumento para a tomada de decisões que extrapolem a competência do Tribunal, ou seja, a argumentação consequencialista não pode servir de mecanismo para decisões que não estejam circunscritas aos limites de sua atuação. Os contornos delineados pela CRFB/88 para as Cortes de Contas devem ser rigorosamente observados em qualquer hipótese, ainda que soluções criativas e que extrapolem a sua competência possam, sob determinado prisma, gerar melhores resultados.

Os outros 2 (dois) parâmetros de controle constitucionais - legitimidade e economicidade – representam inovação da CRFB/88³⁸ e podem ser apontados como reflexo do amadurecimento das instituições públicas e da mudança de paradigma em torno do papel do Estado.

Agir em conformidade com o ordenamento jurídico, por óbvio, permanece

³⁶ No tópico referente à pesquisa jurisprudencial encontra-se a justificativa por esta preferência.

³⁷ “Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.”

³⁸ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 apenas mencionava a legalidade como parâmetro de controle do Tribunal de Contas da União. Nesse sentido, ver artigo 73, §5º e §8º.

sendo obrigatório, porém insuficiente frente às atuais demandas que se exigem do gestor público. Requer-se que, além de seguir com fidelidade as disposições legais, o agente público busque implementar atos ou condutas que estejam alinhadas com o interesse da população e que se concretizem a um menor custo possível.

A ideia por detrás desses parâmetros complementares (e independentes) à legalidade é avaliar se determinado padrão de integridade e qualidade na condução da coisa pública foi seguido. O gestor público deve se manter conectado com os anseios da população e se empenhar para impor boas práticas de governança pública, a fim de assegurar a legitimidade do seu governo e maximizar os benefícios para a população, destinatária final de todos os atos da gestão pública.

Diferentemente do parâmetro da legalidade, o controle à luz da legitimidade não tem contorno bem definido, de tal forma que a análise em torno do seu cumprimento é marcadamente subjetiva. Entretanto, certo é que essa verificação deve aferir se, minimamente, a medida atende aos valores e padrões morais da sociedade.

Nessa linha, ainda que esteja em conformidade com a lei em sentido formal, a medida adotada pelo agente público pode ser considerada ilegítima³⁹ se caminhar na direção contrária do conceito de moralidade que se prega no contexto em que a decisão produz efeitos. Exemplo recente que acende o debate em torno do aspecto da legitimidade foi o pregão lançado pelo STF com o objetivo de fornecer comida à Corte, o qual englobou itens sofisticados como lagosta em um momento de crise fiscal que o país enfrenta.⁴⁰

Por fim, o controle sob o aspecto da economicidade tem estreita relação com o princípio da eficiência e reproduz a ideia de que o agente público tem o dever de zelar pelos recursos públicos geridos. A ideia central em torno desse parâmetro é verificar se houve excesso de gastos para atingir a finalidade almejada, isto é, se os recursos

³⁹ A ilegitimidade configura-se pela desconformidade da conduta com os princípios delineados na CRFB/88, em especial aqueles previstos no *caput* do artigo 37.

⁴⁰ Pregão eletrônico n. 27/2019. Conforme noticiado na mídia jornalística, esse pregão foi alvo de representação junto ao TCU ao argumento de violação do aspecto da legitimidade. Para ver mais sobre o tema: <<https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/05/02/stf-conclui-licitacao-de-lagostas-alvo-de-representacao-no-tcu.ghtml>>. Acesso em 23 de novembro de 2019.

financeiros foram adequadamente empregados e não houve desídia no trato com o patrimônio público. Nesse sentido, Lima (2016, p. 48) acentua que o pilar dessa análise se dá sopesando-se os custos e os resultados obtidos.⁴¹

A alusão à equação custo-benefício aproxima esse parâmetro de controle da análise consequencialista, na medida em que tanto gestor quanto o órgão controlador devem ter a consciência de que todos os seus atos e decisões têm de buscar, sob a ótica econômica, a otimização dos recursos públicos.

O compromisso do controlador com a economicidade atrai, portanto, o dever de medir com afincos os custos e benefícios de cada uma das alternativas decisórias possíveis, atividade comparativa que o consequencialismo proporciona. Trata-se, assim, de uma visão do parâmetro economicidade para dentro do próprio processo de tomada da decisão do controlador.

A verificação dos prós e contras da decisão perpassa pelos custos e benefícios que ela vai impor ao cofre público e para a população de um modo geral. Cobra-se nesse ponto que o gestor público administre com eficiência os recursos públicos, aplicando-os adequadamente e com diligência para promover o maior retorno a um menor custo.

A descrição dos parâmetros que devem nortear o exercício da competência institucional da Corte de Contas tem a utilidade de delimitar com clareza os valores que devem ser protegidos pelo órgão de controle. Ao mesmo tempo, devem ser encarados como parâmetros cuja própria Corte de Contas deve submissão.

Assim, legalidade, legitimidade e eficiência são objeto de promoção pelo controle e, paralelamente, diretrizes que delineiam a sua atuação.

⁴¹ “A economicidade, por sua vez, implica uma avaliação qualitativa, que será feita sopesando-se os custos e os resultados, para o conjunto da sociedade, tendo em vista as alternativas disponíveis no momento da decisão quanto à alocação dos recursos.”

2.3. O que se entende por dever de mitigar as perdas e como essa ideia pode ser aplicada pelas Cortes de Contas?

Zelar pela efetiva e regular gestão dos recursos públicos em benefício da sociedade é, em linhas gerais, a missão constitucional atribuída ao TCU⁴², ao qual compete o exercício de diversas atribuições atinentes ao controle dos gastos públicos.

Uma dessas atribuições se concretiza mediante a fiscalização dos contratos administrativos, a qual pode resultar na ordenação de medidas das mais variadas espécies. Caso seja identificada alguma irregularidade contratual, o TCU deve agir, não se tem dúvidas, em busca de solução que proteja o patrimônio público. Afinal, é essa a missão que a Constituição lhe outorga.

Entretanto, pode ser que a situação posta apresente mais de uma decisão possível no sentido de promover a proteção do patrimônio público e, nesse cenário, ganha relevância o dever de mitigar as perdas, pois impõe ao tomador de decisão a análise de todas as opções decisórias para escolher aquela que, em maior medida, reduza os prejuízos da entidade pública.

No âmbito do direito contratual privado, a noção de mitigar as perdas também tem aplicação, com as devidas adaptações, ao impor ônus ao credor de atuar para evitar o agravamento do dano que lhe foi causado. Muito embora não tenha sido explicitamente tratada no Código Civil de 2002, essa teoria foi absorvida pelo STJ⁴³ e é objeto do enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça

⁴² Nesse sentido, ver folha 55 do relatório de prestação de contas do TCU de 2010, disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24C00AE30014C4BE37EDC0E6E>>. Acesso em 8 de abril de 2020.

⁴³ STJ, Terceira Turma, Recurso Especial nº 758.518 - PR, Ministro Relator Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), data de julgamento 17.06.2010. Em síntese, versa esse julgado sobre situação em que o promitente-comprador de imóvel deixou de efetuar o pagamento das prestações do contrato de compra e venda em 1994, abandonando, posteriormente, o imóvel em setembro de 2001. No entanto, o promissário-vendedor só realizou a defesa de seu patrimônio em 2002, data do ajuizamento da ação de reintegração de posse c/c pedido de indenização. O excessivo lapso temporal que decorreu entre o inadimplemento e o ajuizamento da ação – 8 anos – caracterizou, de acordo com o STJ, o descaso do credor com o prejuízo sofrido, elemento suficiente para reduzir a extensão da indenização requerida. Trata-se de julgado que pode ser considerado o *leading case* do STJ sobre o assunto e cujo entendimento foi reiterado em outras oportunidades, como, por exemplo, no julgado STJ, Quarta Turma, AREsp nº 882327 / MG, Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, data de julgamento 09.05.2017.

Federal.⁴⁴ Naturalmente, trata-se de aplicabilidade que se distancia do modo como pode ser aplicada pelos órgãos de controle, eis que, neste caso, o responsável por observar e cumprir o dever de mitigar as perdas é o tomador de decisão, a quem incumbe zelar pelo patrimônio público.

Ou seja, partindo da premissa constitucional de que a figura dos Tribunais de Contas foi idealizada para fiscalizar e zelar pelo patrimônio público, mitigar as perdas é um “simples” desdobramento dessa missão maior que a Constituição lhes atribui.

O emprego das aspas não foi por acaso. É que, muito embora possa ser encarada como uma vertente do objetivo maior de preservar o patrimônio público, a sua aplicabilidade nem sempre é, efetivamente, simples, pois demanda, necessariamente, uma análise consequencialista das alternativas decisórias disponíveis.

Se o controlador não comparar os possíveis efeitos práticos de cada opção decisória, inviabiliza-se qualquer afirmação no sentido de que a decisão proferida foi a que, naquelas circunstâncias, mais reduzia os prejuízos ao ente público contratante. Nessas circunstâncias, a afirmação careceria de veracidade.

Ou seja, a ordenação de providência que resulte na proteção do patrimônio público é insuficiente para, isoladamente, concluir que tal solução era a que minimizava em maior grau a perda para o ente público.

Daí a relevância de se insistir no que aqui se chamou de desdobramento do objetivo maior de zelar pelo patrimônio público.

Apuradas irregularidades na execução de determinado contrato administrativo, pode ser que a auditoria conduzida pela Corte de Contas identifique prejuízo financeiro para o ente público contratante decorrente de algum desvio de conduta do particular contratado, em conluio ou não com agente público.

⁴⁴ “O princípio da boa-fé deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”.

Nessa hipótese, independentemente da natureza da medida a ser imposta, a Corte de Contas deve partir do pressuposto de que é seu dever diminuir as perdas para o ente público⁴⁵, eis que cabe a ela resguardar pelo patrimônio público. Por mais que tal assertiva pareça óbvia, a exemplificação de uma situação reforça a importância de destacá-la.

E um exemplo que bem ilustra a relevância de se mitigar as perdas na maior medida possível é o da linha 4 do metrô do Estado do Rio de Janeiro. Com a obra em curso, auditoria promovida pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (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.⁴⁶

Passado 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 decorrentes da paralisação e, ainda, os riscos estruturais que os prédios no entorno da obra estavam sujeitos com a interrupção das obras. 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 mitigar as perdas do Estado do Rio de Janeiro.⁴⁷ Com

⁴⁵ Tal como adiantado, entende-se que a atuação dirigida a proteger o patrimônio público nem sempre promove decisões que, dentre as opções disponíveis, diminua o prejuízo para o ente público em maior medida.

⁴⁶ Processo nº 103.971-2/16 TCE-RJ.

⁴⁷ Trecho da decisão: “Enfatiza-se, nesse sentido, que manter a obra parada também implica perda para os cofres públicos e impactos negativos à população. Em reportagem publicada em O Globo, (<https://oglobo.globo.com/rio/mp-investigara-custos-das-obras-paradas-da-linha-4-do-metro-na-gavea-21017491>), foi informado que o aluguel da máquina tuneladora, conhecida como “tatuzão”, consumiria, por mês, cerca de três milhões de reais, reajustados a cada ano. Além disso, onde antes havia um campo de futebol, usado pelos alunos da PUC, bem como um estacionamento da faculdade, teriam sido instalados dois canteiros alugados para estas obras, custando cerca de R\$ 223.000,00 mensais. Ambos estariam sem atividade desde março de 2015, havendo muito material abandonado. De acordo

base nesse raciocínio, muito embora tenha reconhecido o prejuízo causado pela concessionária ao Estado em razão de superfaturamento e sobrepreço, aquele Tribunal avaliou que melhor seria ao próprio Estado que as obras – com os repasses à concessionária – fossem retomadas observadas certas condicionantes.⁴⁸

A situação descrita demonstra que, na função que lhe incumbe de zelar pelas contas públicas, a Corte de Contas deve, por assim dizer, caminhar na direção que mais reduza os prejuízos ao ente público⁴⁹, ainda que isso possa significar, de imediato, o dispêndio de mais recursos públicos. Sem adentrar na (in)constitucionalidade de eventual medida oriunda de Corte de Contas tendente a paralisar o curso de obra pública, o fato é que a paralisação, por si só, pode ser mais custosa ao ente público do que a sua continuidade sob determinados condicionantes.

Não necessariamente, portanto, a melhor solução será aquela que suspenda de imediato a execução do contrato administrativo. Pode ser que as circunstâncias do caso indiquem que a continuidade do contrato seja a opção que minimize, ao final, os prejuízos causados à entidade pública contratante.⁵⁰

com a equipe de O Globo, que esteve no local, um dos poucos funcionários, que pediu para não ser identificado, teria afirmado que seria preciso bombear água quase todos os dias para que o túnel não ficasse alagado (disponível em <https://oglobo.globo.com/rio/estado-gasta-34-milhoes-com-maquinas-canteiros-de-obras-parados-na-estacao-da-gavea-21013552>). Outro ponto, diretamente ligado a soluções de mobilidade urbana, é que, de acordo com estudo realizado pela FGV, cerca de 22 mil pessoas já poderiam estar inseridas na malha viária por meio da Estação Gávea, o que claramente traz ao debate a importância que esse aumento do fluxo de tarifas pagas pelos usuários poderia trazer ao investimento em termos gerais. Viabilizar a consecução da Estação Gávea importa atender ao interesse coletivo primário, oferecendo à população maior integração e efetividade da malha metroviária, meio de transporte de massa essencial em grandes metrópoles, como o Rio de Janeiro. Nesse sentido, os futuros consumidores do serviço metroviário aumentarão a arrecadação de tarifas, o que, possivelmente, revitalizará a consecução e execução do contrato, gerando mais receitas disponíveis para eventual ressarcimento do dano ao erário, ainda em análise na Auditoria Governamental (processo TCE-RJ nº 103.971-2/16), atualmente convertida em Tomada de Contas Especial Ex Officio, ainda em fase de defesa.”

⁴⁸ Esse exemplo reforça o pressuposto do qual se partiu no sentido de que zelar pelo patrimônio público é uma diretriz muito aberta que não necessariamente promove o resultado que diminua, em maior medida, os prejuízos ao ente público.

⁴⁹ E o caminho para entregar resultados que efetivamente, dentre as alternativas decisórias, minimizem em maior grau as perdas para o ente público é aplicando o consequencialismo, conforme se defende neste trabalho.

⁵⁰ Nessa direção, está em curso na Câmara dos Deputados PL nº 6074/2019, de autoria do Deputado Federal Léo Moraes, que busca positivar a possibilidade de o TCU admitir o prosseguimento da execução de contrato irregular para evitar a ocorrência de prejuízos. Inteiro teor do PL disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5C8CB1CEA135B733737B4661786ABF8E.proposicoesWebExterno2?codteor=1835563&filename=PL+6074/2019>. Acesso em 15 de janeiro de 2020.

O que dirá se há ou não espaço para minimizar as perdas e, em caso positivo, a que custo isso se dá é a circunstância do caso examinado. É nesse ponto que a noção de mitigar as perdas se aproxima do consequencialismo.

Encarado como uma técnica argumentativa, o consequencialismo prega que o responsável pela tomada de decisão paute o seu raciocínio nas possíveis consequências práticas do comando decisório a ser emitido.⁵¹ Isso demanda do julgador uma análise personalizada de cada um dos casos que lhe são submetidos.

De igual forma, para definir a aplicabilidade ou não do dever de mitigar as perdas, o tomador de decisão deve avaliar se existe mais de uma alternativa decisória e, em caso positivo, qual delas minimiza, em maior grau, as perdas da entidade pública lesada.

Partindo da lógica em torno do dever de mitigar as perdas e passando à análise do papel das Cortes de Contas no controle dos contratos administrativos, verifica-se que a incorporação de um olhar consequencialista impele no julgador a necessidade de considerar que são possíveis efeitos práticos de sua decisão a diminuição do dano ao erário ou mesmo a sua expansão (ainda que involuntária).

E, ainda mais importante, a incorporação da ideia de mitigar as perdas incute no responsável pelo controle dos contratos administrativos a consciência de que esses efeitos práticos não estão atrelados necessariamente a uma ou a outra decisão, característica que impede a adoção de fórmulas genéricas de causa e efeito.

Não há, portanto, relação de necessária equivalência entre determinado conteúdo decisório e uma consequência prática específica. O próprio exemplo do caso da linha 4 do metrô do Rio de Janeiro mostra que medidas tendentes a paralisar o curso de contrato administrativo em que se identifique indícios de superfaturamento e

⁵¹ É interessante notar que no âmbito do direito processual civil existe a preocupação com a concessão de tutelas antecipatórias quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Isto é: se as consequências forem tais que inviabilize a sua reversibilidade, não poderá ser concedida a tutela antecipatória, o que se encaixa na ideia de consequencialismo, porém não a define, eis que uma análise consequencialista prega mais do que simplesmente uma proibição para a concessão de cautelar quando for impossível a sua reversibilidade posterior. Nesse sentido, vide artigo 300, §3º do Código de Processo Civil (CPC), o qual praticamente repete a disposição do artigo 273, §2º, do CPC de 1973.

sobrepelo não são, necessariamente, as determinações mais efetivas para diminuir o dano à entidade pública.

A solução para essa equação – consistente na incerteza quanto à decisão mais adequada para reduzir o prejuízo – passa, portanto, pela antecipação das consequências de cada um dos caminhos decisórios. É através desse exercício que o órgão de controle consegue, de forma transparente, mitigar os danos à entidade pública contratante e cumprir com excelência a missão constitucional que lhe é atribuída.

3. ACHADOS DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL DO TCU

Os capítulos anteriores trataram do referencial teórico que circunscreve a pesquisa jurisprudencial objeto de análise deste trabalho. Nesse sentido, discutiu-se o conceito de consequencialismo, os seus impactos na estrutura decisória, a sua utilidade como mecanismo de controle das decisões, a forma como ele aproxima o tomador de decisão à realidade fática subjacente ao processo e a sua capacidade de conferir maior previsibilidade aos efeitos provenientes da decisão.

Adicionalmente, apresentou-se os parâmetros de controle das Cortes de Contas e o que se entende por dever de mitigar as perdas, demonstrando a sua estreita relação com o consequencialismo e a sua plena aplicabilidade à atividade decisória dos órgãos de controle.

Fixadas essas premissas, o propósito desse capítulo é relatar os achados da jurisprudência do TCU em situações de irregularidades contratuais, compreendendo não só pronunciamentos decisórios expedidos no curso do procedimento licitatório (fase pré-contratual), mas também aqueles emitidos antes da assinatura do contrato e aqueles enquanto o contrato estava em execução ou já executado integralmente. O objetivo é identificar a prática decisória do TCU nessas situações, especialmente verificando se os fundamentos de suas decisões recaem exclusivamente em argumentos abstratos ou se os respectivos efeitos práticos são considerados.

A pesquisa jurisprudencial foi propositadamente limitada a decisões proferidas em processos de contratação pública por retratarem a postura dos Ministros da Corte em situações nas quais estejam presentes indícios de prejuízo ao erário e uma gama de alternativas decisórias com distintos efeitos práticos, de tal forma que a opção por uma ou por outra decisão depende exclusivamente da argumentação e racionalidade implementada pelo julgador.

A presença dessas características atende ao objetivo da pesquisa jurisprudencial aqui empreendida, cuja principal finalidade é testar se a prática decisória do TCU permite concluir ou não se suas decisões efetivamente reduzem as perdas para a entidade pública contratante na maior medida possível ou se, ao contrário, as maximizam (ainda que involuntariamente).

Do mesmo modo, optou-se por dar prioridade, e não exclusividade, a casos em que tenha sido proferida decisão cautelar. Essa preferência se deu em razão da singularidade do momento processual no qual o tomador de decisão é instado a se pronunciar.

O nível de informação disponível para o tomador de decisão nesse momento processual é reduzido se comparado com aquele apresentado após a fase de instrução do processo. Essa discrepância não impede a concessão de medidas cautelares interventivas, mas impõe, ou deveria impor, um ônus argumentativo maior ao tomador de decisão.

Intervir cautelarmente em um procedimento de contratação ou em um contrato em andamento interfere, quando não suspende, o curso regular de determinado projeto que o gestor público promoveu para, supõe-se, gerar benefício à sociedade.

Partindo dessa premissa, se o tomador de decisão entender que existem elementos suficientes para determinar providência interventiva de natureza cautelar nesse estágio processual, deve se empenhar em justificar os motivos que o levaram a decidir nesse sentido de maneira consistente, e não simplesmente fazendo referência a valores abstratos que, como visto, pouco dizem. Não que decisões exaustivas de mérito dispensam essa análise criteriosa. O que se quer realçar é que

o nível informacional em decisões cautelares exige uma carga argumentativa maior do tomador de decisão, em especial se a decisão for pela intervenção na contratação ou no contrato em curso.

Adicionalmente, há de se destacar que, embora não resolva definitivamente o mérito do processo, a decisão cautelar tem aptidão de produzir os mesmos efeitos práticos daquela que o resolve definitivamente.⁵²

Essa possível equivalência de efeitos torna o estudo das decisões cautelares atrativo para avaliar se as consequências são ou não consideradas pelo TCU, uma vez que a cognição empreendida pelo julgador não é exauriente, ou seja, não pressupõe a formação de um juízo prévio de certeza sobre a situação que lhe é posta.

Nesse contexto, a situação processual subjacente à decisão cautelar exige que o julgador tenha ainda mais diligência e se dedique com maior rigor aos efeitos de sua decisão.

Isso não quer dizer, repita-se, que esse empenho deva ocorrer tão somente em sede cautelar, mas que as características dessa espécie de decisão – notadamente o grau de extensão e profundidade da cognição empreendida pelo julgador – impõem ainda mais cuidado e aplicação ao responsável por decidir.

Sob essa ótica, é razoável afirmar que os efeitos maléficos da fundamentação baseada valores abstratos desconsiderando as possíveis consequências da decisão tendem a ser maximizados em sede cautelar à luz das características acima descritas, o que reforça a preferência pela seleção de decisões dessa espécie.

Feito esse breve introito e antes de expor o resultado obtido, registre-se, para fins metodológicos, que a fonte de pesquisa foi a ferramenta de jurisprudência disponível no sítio eletrônico do TCU (<https://portal.tcu.gov.br>) e o método de busca

⁵² É o caso das cautelares que antecipam o resultado prático da decisão final de mérito. Uma decisão cautelar suspensiva do curso de determinado contrato tem o mesmo efeito prático do que a sua sustação definitiva, eis que ambos interrompem a sua continuidade.

baseou-se em expressões e combinações de palavras que representassem, a critério do pesquisador, as situações delimitadas neste estudo.

Considerando que o escopo da pesquisa é formado por decisões proferidas pelo TCU quando confrontado com situações de irregularidades contratuais, buscou-se utilizar expressões e combinações que possuem estreita conexão com o tema, tendo sido este o norte dos critérios adotados nessa pesquisa.

O critério de pesquisa que apresentou resultados mais relevantes foi com a combinação “sustação e contrato” no campo acórdão⁵³, com o filtro adicional de sessões de julgamento realizadas entre os dias 01.01.2015 e 28.10.2019, a qual apontou 145 resultados.

O período temporal de quase 4 (quatro) anos se justifica pela intenção do pesquisador de ter achados suficientes para se chegar a conclusão consistente acerca da racionalidade decisória do TCU e, adicionalmente, pelo interesse em verificar se houve alguma mudança da prática decisória do Tribunal com o advento da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, a qual inseriu o artigo 20 na LINDB e passou a proibir decisões fundamentadas exclusivamente em valores abstratos sem que as suas consequências práticas sejam levadas em consideração.⁵⁴

Encontra-se anexa a esse trabalho planilha em excel listando um a um esses 145 resultados, inclusive com a indicação de dados como o número do acórdão, data de julgamento, relator e trechos de destaque, de tal forma que, para fins de simplificação deste texto, o autor apenas apontará o número do acórdão ao a eles se referir.

⁵³ Embora o poder de sustar contrato seja discutível, conforme analisado no capítulo 2, o critério de pesquisa com essa expressão apresentou julgados representativos para verificar a postura do TCU em situações de irregularidades contratuais.

⁵⁴ Vale anotar que, conforme já exposto anteriormente, o acréscimo do artigo 20 da LINDB tem a utilidade de proibir, através do consequencialismo, argumentações meramente retóricas. Entretanto, o respaldo legal para a consideração das consequências sempre existiu, sendo possível citar, como exemplos, o próprio artigo 5º da LINDB e a análise em torno do perigo na demora (e o seu reverso) no exame dos pedidos cautelares.

Dentre esses julgados, o pesquisador analisou todos, porém apenas teceu considerações no corpo deste texto sobre aqueles que tratavam de situações em que o TCU foi instigado a decidir diante de determinada irregularidade contratual, deixando de mencionar, portanto, processos que, ainda que com o uso de expressão de busca limitada para situações contratuais, não tinham pertinência com o tema, tais como os processos de pensão civil, aposentadoria e atos de admissão. Com essa explicação, passa-se a apresentar criticamente os processos pertinentes de acordo com a metodologia descrita acima.

O primeiro acórdão examinado foi o 63/2015 e tem como objeto a apuração de irregularidades na obra de construção do Metrô de Salvador/Bahia. O principal registro sobre esse caso é a afirmação do Ministro relator no sentido de que, quando da prolação da cautelar que reteve pagamentos à concessionária, a declaração de nulidade do contrato era uma possibilidade “bastante concreta”. Não obstante, na ocasião, sob o pálio do interesse público, a Corte optou por tentar corrigir as irregularidades observadas sem interrupção na execução da obra de necessidade da comunidade local.

Invocou-se o interesse público como fundamento exclusivo para justificar decisão em determinado sentido, sem que fossem considerados e discutidos os efeitos práticos da direção assumida e daquelas outras eventualmente descartadas. Independentemente do acerto ou não da decisão, o destaque aqui é que o mesmo interesse público poderia ter sido utilizado pelo TCU para adotar postura diametralmente oposta, no sentido de interromper imediatamente a execução de contrato com irregularidades identificadas.⁵⁵

⁵⁵ Trecho do acórdão: “5. No momento da prolação do referido acórdão 2.873/2008 a declaração de nulidade do referido Contrato SA-01 era uma possibilidade bastante concreta, em razão das inúmeras irregularidades insanáveis constatadas tanto na licitação quanto no próprio contrato (ausência de detalhamento e de diversas especificações no projeto básico; ausência de orçamento detalhado em itens individuais; fortes indícios de contratação por preços bem superiores aos de mercado; posterior desfiguração do objeto licitado, provocando alterações acima dos limites legais, sem adoção das medidas previstas em lei; existência de cláusulas contratuais incompatíveis com o sistema jurídico vigente no país). 6. Não obstante isso, este Tribunal, seguindo o interesse público, optou por tentar corrigir as irregularidades observadas sem interrupção na execução da obra de que tanto necessitava a comunidade soteropolitana.”

Já no acórdão 559/2015, o TCU deferiu medida cautelar para suspender a prática de atos atinentes à eventual contratação resultante de pregão eletrônico, até a decisão final de mérito da Corte.

O argumento central para o deferimento da cautelar suspensiva da contratação foi a presença da fumaça do bom direito e da ausência de perigo na demora ao reverso⁵⁶, o qual estaria consubstanciado no fato de o procedimento licitatório iniciado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) se referir a serviço cuja demanda não seria recente.

A questão que surge é: o fato de a intenção da contratação ser antiga pode ser considerado um argumento consequencialista? A resposta é negativa.

No caso, a suposta ausência de prejuízo ao CNPq pelo deferimento da cautelar suspensiva da contratação não foi justificada à luz de argumento de cunho consequencialista, mas sim em argumento vazio, dotado de inconsistência, que confere valor a dado (marco temporal) que não exterioriza qualquer significado.

Seria plenamente factível, a partir de mesmo dado, justificar a continuidade do procedimento pelo fato de a demanda pela contratação ser antiga e a suspensão representar ainda mais prejuízos ao órgão interessado em contratar o serviço há tanto tempo. Assim, muito embora possa parecer, em um primeiro momento, um argumento consequencialista, a verdade é que dele não se trata.

O acórdão 1281/2015 traz à discussão caso interessante e complexo, pois o debate girava em torno da primeira licitação para a concessão da atividade de transporte dutoviário de gás natural realizada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás

⁵⁶ Trecho do acórdão: “14. Há o perigo da demora (perigo de dano irreparável, caracterizado pela urgência, pelo fundado receio de grave lesão ao erário e/ou ao interesse público, ou pelo risco de ineficácia da decisão de mérito)? Sim. 14.1 Consoante consta no registro do sistema Comprasnet, ainda não há adjudicação para a empresa vencedora do certame. Assim, a qualquer momento, pode acontecer essa adjudicação e homologação, que tornaria mais complexo o processamento do feito pela eventual inclusão de interessado. 15. Há o perigo da demora inverso (perigo de dano irreparável à unidade jurisdicionada caracterizado pelo dano resultante da adoção da cautelar ser superior àquele que se pretende evitar)? Não. 15.1. De acordo com as justificativas apresentadas pelo CNPq, a entidade vem há muito tempo enfrentando o problema da desatualização do seu sistema, não havendo qualquer novidade se a referida contratação for suspensa.”

Natural e Biocombustíveis na vigência da Lei n. 11.909/2009 (lei do gás). O TCU estava acompanhando esse processo de contratação, que se referia à construção do Gasoduto de Transporte entre os Municípios de Itaboraí e Guapimirim, no Estado do Rio de Janeiro.

O cerne da discussão foi a estimativa de custos de investimento feita pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE), a qual impactava diretamente as propostas dos licitantes e, por consequência, o valor da tarifa vencedora.⁵⁷ Mesmo ciente de que não era possível atestar a correção dos custos de investimentos estimados pela EPE, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Petróleo e Gás Natural se posicionou favoravelmente à continuidade do certame, ponderando que o ineditismo desse modelo de contratação demandava uma postura mais passiva do Tribunal, porém os Ministros, contrariando o entendimento da unidade técnica, decidiram por sustá-lo cautelarmente, até que o Tribunal tivesse condições de se pronunciar conclusivamente sobre a razoabilidade dos custos de investimento estimados.⁵⁸

⁵⁷ Conceitualmente, o preço teto para a prestação do serviço de transporte de gás por meio de dutos é a Receita Anual Máxima (RAM), sendo vencedor do leilão o agente que ofertar o menor valor da RAM. A fixação da RAM se dá mediante a consideração dos investimentos necessários à construção do gasoduto.

⁵⁸ “Quanto à avaliação dos custos de investimento, a SeinfraPetróleo entendeu que os elementos do anteprojeto não permitiam atestar objetivamente a razoabilidade das estimativas constituídas pela EPE, mas, diante do ineditismo do caso, propôs que a licitação fosse continuada. Muito embora aquiesça às intelecções concebidas pela unidade técnica, avalio que a situação concreta demanda um posicionamento mais assertivo dessa Casa, em especial por se tratar de um leilão que inaugura um novo modelo regulatório positivado pela Lei do Gás e que poderá respaldar futuras concessões. Pela argumentação desferida, fica claro que as estimativas para a construção do gasoduto Guapimirim-Comperj II situam-se bem acima de preços paramétricos de outras obras similares, sem a existência de estudos técnicos que possam justificar, cabalmente, tais diferenças. Enquanto o custo paramétrico da obra aqui discutida foi de US\$ 165,68/metropol, o mesmo indicador relativo a outros gasodutos apontou média de US\$ 81,78/metropol, ao passo que o paradigma oficial considerado pelo próprio Governo Federal no PEMAT é de US\$ 80,00/metropol. Além disso, recente contratação da Petrobras para gasoduto submarino em águas profundas aparentemente apresentou indicador aquém ao atingido no presente caso. [...] Não se pode olvidar, ainda, que a Petrobras é a única interessada em fruir dos serviços que serão prestados na outorga em questão, o que implicará a necessidade de remunerar, com exclusividade, o futuro concessionário. Com isso, custos eventualmente superestimados ou não suportados em premissas técnicas consistentes poderão provocar, de imediato, uma majoração indevida da RAM (receita anual máxima) que balizará o leilão; e, num segundo plano, poderão incutir à Estatal a obrigação de suportar tarifas desarrazoadas por um prazo de trinta anos. O cenário fático em que se insere a Companhia demanda cautela, especialmente ante as recentes notícias de dificuldades em manter seu plano de investimentos. Diante dessa conjuntura, entendo prudente que o prosseguimento do certame seja sustado cautelarmente, até que o Tribunal tenha condições de se pronunciar conclusivamente sobre a razoabilidade dos custos de investimento estimados para o Guapimirim-Comperj II.”

É verdade que o TCU considerou as possíveis consequências negativas para a fase de lances na continuidade de certame lastreado em projeção de custos de investimentos potencialmente equivocada, porém também é verdade que não ponderou as consequências negativas decorrentes da suspensão – por prazo indeterminado – de procedimento licitatório pioneiro e com tamanha capacidade arrecadatória de investimento.

Essa postura sugere, ao menos nesse caso, a predileção do TCU por questões atinentes aos gastos da contratação propriamente dito em detrimento dos custos de não ter o serviço em funcionamento ou aqueles decorrentes do seu adiamento.

Por mais que não se possa cogitar de uma fórmula matemática para comparar as consequências de cada uma das alternativas decisórias, o enfrentamento delas com a expressa indicação dos motivos pelos quais uma decisão é preferível à(s) outra(s) é pressuposto para que seja proferida decisão verdadeiramente informada. Do contrário, estar-se-ia simplesmente utilizando de retórica para justificar a conclusão discricionariamente pretendida.

O acórdão 1498/2015 tem como objeto a auditoria dos contratos 58/2009 (Lote 2) e 60/2009 (Lote 4) da Ferrovia Norte Sul, a qual possui extenso histórico de irregularidades e sucessivas manifestações do TCU a respeito. O principal resultado desse julgamento foi a instauração de tomada de contas especial com vistas à apuração e identificação dos responsáveis pelas irregularidades. Porém, o destaque desse acórdão é a menção à medida cautelar deferida em 2009 para reter 40% (quarenta por cento) dos valores apurados como sobrepreço.⁵⁹

⁵⁹ Trecho do acórdão: “No âmbito do processo TC 021.283/2008-1, o Ministro Relator proferiu despacho em 14 de janeiro de 2009, referendado por meio do Acórdão 593/2009-TCU-Plenário, determinando cautelarmente a retenção de 40% dos valores apontados como sobrepreço em cada lote da ferrovia em questão, conforme transcrição do despacho a seguir: Minha convicção para decidir sobre a retenção cautelar de valores contratuais nesta fase das averiguações dos sobrepreços, antes de aberto o contraditório à Valec e às empresas contratadas, sustenta-se nos indícios levantados pela equipe de auditoria, que apontam percentuais entre 8,85 a 28,15% de valores acima dos de mercado para os cinco contratos em execução, segundo os parâmetros de comparação utilizados pela equipe de auditoria. [...] Ciente da importância estratégica do empreendimento em questão para a economia do país, tanto que integra o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, do Governo Federal [...] entendo razoável que a retenção cautelar compreenda apenas um percentual do valor do sobrepreço inicialmente identificado pela Secex/GO. Isso, porque os contratos em exame ainda estão em fase inicial de execução, sendo possível, uma vez confirmados os levantamentos iniciais, futuros ajustes por meio de termos aditivos aos contratos, de forma a expurgar os custos excedentes dos serviços com

Trata-se de solução que foge ao costume da Corte de Contas, não pela retenção em si, mas pela aplicação de variável sobre o valor de sobrepreço apurado em cognição sumária. Verifica-se que a justificativa para a utilização dessa solução “fora da caixa”⁶⁰ foi o risco de impacto negativo para o transcurso regular da obra caso a retenção se desse sobre o valor integral do sobrepreço e, ao mesmo tempo, a ausência de risco na eventual recuperação dos valores indevidamente recebidos a maior diante do estágio em que se encontrava a execução do contrato.

Sem adentrar no exame do acerto ou não da fixação do percentual de 40% (quarenta por cento) escolhido pela Corte, a argumentação desenvolvida mostra a sensibilidade que o Tribunal teve em relação às consequências práticas da decisão, notadamente os efeitos decorrentes de eventual paralisação da obra.

Com isso, não se quer dizer que retenções parciais justificadas pelo risco de impacto no curso contratual são decisões corretas sob a ótica do consequencialismo. Conclusão nesse sentido dependeria de uma análise pormenorizada de todas circunstâncias do caso.

Assim como se deve combater argumentação que se funde estritamente em valores abstratos, com mesmo rigor deve ser colocada objeção à argumentação que mencione consequências práticas com base em achismo do tomador de decisão. Neste caso, por exemplo, a retenção de 40% do montante apurado de sobrepreço foi justificada sob o argumento de que percentual maior poderia comprometer a continuidade da execução contratual. A correta aplicação do consequencialismo pressupõe a realização de prognósticos embasados, e não meros palpites do tomador de decisão. Isto é, os 40% devem ter algum respaldo técnico, e não ser fruto da discricionariedade do tomador de decisão, o que parece ter sido o caso à míngua de

sobrepreço. Com essa percepção, considero razoável a estipulação de um percentual de 40% de retenção a incidir sobre o valor do sobrepreço identificado pela Secex/GO em cada contrato. Desse modo, em cada parcela contratual a ser paga pela Valec às empresas devem ser retidos os seguintes percentuais nas respectivas faturas [...].”

⁶⁰ O uso da expressão “fora da caixa” se deve à forma pela qual foi estipulado o percentual de 40%, o qual não possui qualquer equivalência matemática com o valor apurado preliminarmente de sobrepreço. Decidiu-se pela sua aplicação por conta do risco à continuidade da execução contratual que eventual retenção integral poderia impor a contrato tido como de importância estratégica para a economia do país.

maiores detalhes em torno da metodologia que teria embasado a fixação desse percentual.

O acórdão 3358/2015, em contraponto, parece não ter dado a mesma relevância para as consequências práticas da decisão exarada, a qual culminou com a anulação do procedimento de contratação promovido pelo Instituto de Desenvolvimento do Piauí para a realização de obras da barragem de Castelo, no município de Juazeiro/PI. O certame fora suspenso cautelarmente e, no curso da instrução, algumas das irregularidades apontadas foram consideradas superadas pela Corte de Contas. No entanto, a restrição à competitividade contida no edital, fundamento que levou à decisão de notificar a autoridade contratante para anular o contrato, permaneceu e foi suficiente para a referida suspensão.

Não se questiona a gravidade de eventual disposição contida no edital que restrinja a competitividade do certame. Porém, talvez fosse outra decisão se o Tribunal ponderasse as consequências práticas negativas dela advindas, notadamente a postergação do início das obras da construção da barragem objeto da licitação, cuja principal função seria a prevenção de enchentes que colocam em risco a vida da população local.⁶¹

Ainda que a decisão fosse a mesma, caberia à Corte demonstrar que considerou as suas consequências, pois a omissão nesse ponto não impede a ocorrência dos esperados efeitos práticos e nem exime o Tribunal, ou ao menos não deveria eximir, de responsabilidade em alguma medida por estes eventos.

Não se trata aqui de transferir o ônus ou a responsabilidade do gestor público que praticou o ato ou celebrou o contrato objeto de auditoria para a Corte de Contas, órgão tomador de decisão, mas sim de incorporar a noção de que uma decisão desconexa com as suas consequências tem aptidão de produzir resultados tão ou mais maléficos que o próprio ato ou contrato que motivou o julgamento. Afinal, uma

⁶¹ Notícia disponível em: <<https://cidadeverde.com/colunadozozimo/97593/projeto-da-barragem-de-castelo-faz-30-anos-sem-perspectiva-de-sair-do-papel>>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

decisão que propague ou perpetue situação desfavorável⁶² à entidade pública contratante em um contexto no qual seja possível se cogitar de alternativa que reverta esse quadro deve, no mínimo, ser tratada como uma decisão que promova, ainda que de forma concorrente, o dano em questão.

No acórdão 3363/2015, a Corte de Contas voltou a mencionar, de forma genérica, a ausência de perigo na demora ao reverso como fator determinante para justificar que a decisão não importaria em consequências práticas negativas.⁶³ Trata-se, como visto, de fundamentação insuficiente e que, no caso, pode não se concretizar, bastando, para tanto, verificar que o julgamento que determinou a anulação do certame ocorreu no dia 9 de dezembro de 2015 e que o argumento pela ausência de perigo na demora ao reverso fundamenta-se no fato de que o contrato em vigor fora prorrogado até abril de 2016, de modo que seria possível, em tese, lançar novo edital e adjudicar o seu objeto antes desta data para evitar a interrupção de serviço essencial à autoridade contratante.

No entanto, sabe-se que a prática administrativa mostra que 4 meses podem não ser suficientes para iniciar e finalizar procedimento licitatório, o que, por si só, coloca em dúvida o raciocínio empreendido e, paralelamente, demonstra que a não imersão do julgador nos efeitos práticos da decisão à luz das circunstâncias do caso pode comprometer o resultado do julgamento.

Vale dizer que o referido acórdão aponta, com restrições, alternativas decisórias, porém deixa de tratar de suas consequências e compará-las com a determinação de anulação⁶⁴, debate esse que poderia resultar em outra decisão que não colocasse em risco a continuidade do serviço, variável que, em algum grau, deve ser considerada.

⁶² Os prejuízos à autoridade pública contratante podem advir não só de alguma irregularidade contratual ou no procedimento de contratação, mas também da falta ou adiamento da resolução de determinado problema jurídico que impacte o oferecimento de dado serviço.

⁶³ Trecho do acórdão: “15. Por fim registro que os atuais contratos foram prorrogados até 3/4/2016. Portanto, está afastado o periculum in mora ao reverso, que poderia trazer prejuízos significativos ao Banco do Brasil ou ao interesse público.”

⁶⁴ Trecho do acórdão: “9. Outra possível proposta poderia ser a exclusão da cláusula décima da minuta do contrato, caso não assinado com a vencedora do lote, ou, alternativamente, que o Banco do Brasil elaborasse um novo contrato sem a cláusula contestada, procedendo à rescisão do contrato já assinado, se for o caso. 10. Contudo, tais proposições somente seriam viáveis se o próximo procedimento fosse a renegociação dos lances vencedores para todos os lotes.”

Por outro lado, no acórdão 127/2016 verifica-se que o TCU adentrou nos detalhes do caso e considerou as variáveis relevantes, inclinando-se para argumento de cunho consequencialista para decidir o problema que se colocava.⁶⁵ A Corte de Contas considerou os períodos de paralisação por iniciativa da contratante como períodos de suspensão da contagem do prazo de vigência do contrato de obras, com o intuito de evitar o prejuízo da comunidade destinatária das escolas a serem construídas. Trata-se de decisão que, independentemente de seu acerto ou não, procurou considerar as consequências práticas dela resultantes.

Já no acórdão 783/2016, o deferimento da medida cautelar para suspender o curso do procedimento de contratação promovido pela BR Distribuidora se justificou, mais uma vez, na menção genérica à ausência de perigo na demora ao reverso.⁶⁶ Essa curta passagem destacada na nota de rodapé – que reflete tudo o que foi falado no acórdão sobre esse ponto - não esgota a discussão em torno das possíveis consequências da decisão. Ao revés, oculta debate que poderia, inclusive, culminar com a prolação de decisão diversa.

Mais do que isso, esse julgado sugere a propensão do TCU de suspender cautelarmente aquilo que se suspeita irregular, como se essa solução fosse, sempre, a mais adequada para o caso, ao ponto de dispensar a comprovação da presença de todos os requisitos necessários para a concessão de medida cautelar, notadamente o *periculum in mora*.

⁶⁵ Trecho do acórdão: “Assim, mostra-se adequada a solução proposta pelo dirigente da unidade técnica, a fim de autorizar, em caráter excepcional e em sintonia com os precedentes mencionados, a continuidade dos aludidos contratos, isso porque, como se sabe, a regra é a prorrogação do contrato administrativo mediante a formalização do respectivo termo aditivo, antes do término do prazo de vigência do ajuste, já que o aditamento não pode produzir efeitos retroativos, mas a falta dessa providência tempestiva deve ser analisada sob a ótica do interesse público, mesmo porque não seria razoável prejudicar a comunidade destinatária do investimento estatal em razão da inércia do agente em evitar a execução do objeto de inquestionável interesse social sem a devida cobertura contratual formal.”

⁶⁶ Trecho do acórdão: “De outra parte, verifica-se que a adoção da medida cautelar, na forma requerida pelo representante, não é capaz de trazer prejuízos significativos à BR Distribuidora, não caracterizando o *periculum in mora* reverso, haja vista que, até o presente momento, não houve assinatura do respectivo contrato, como informou a Gerência Executiva de Serviços Compartilhados da BR Distribuidora, em 28/3/2016 (peça 27, p.2).”

Do mesmo modo, no acórdão 1482/2016, o TCU entendeu que não estava presente o perigo na demora ao reverso, o qual, como visto, é entendido como a falta de prejuízo para a Administração Pública com eventual medida acautelatória suspensiva.⁶⁷

No caso em referência, a obra estava em fase inicial, em etapas preliminares, e, por isso, argumentou-se que não existiria prejuízo com o deferimento de medida cautelar suspensiva. A circunstância de a obra estar nesse estágio, independentemente do que se entende por inicial, não é suficiente para, por si só, concluir que a interrupção da obra não traga prejuízos. Ainda que, em tese, os prejuízos de eventual paralisação possam ser maiores na medida do avançar da obra, a afirmação de que não existiria prejuízo demanda análise concreta da situação posta, o que não se identificou no acórdão analisado.

Os acórdãos 1737/2016 e 1840/2016 não trataram expressamente das possíveis consequências da decisão, mas teceram considerações que podem, em um primeiro momento, aparentar possuir um viés consequentialista. Em ambos os casos, o pedido de natureza cautelar para suspender a contratação foi indeferido por estar ausente o *periculum in mora*, eis que o contrato já havia sido celebrado e a prestação do serviço já estava em curso (primeiro caso) ou já havia sido integralmente executado (segundo caso).

O contrato já ter sido celebrado é uma das variáveis que devem ser levadas em consideração, porém a ela não necessariamente deve ser dado um peso que se sobreponha a qualquer outro elemento relevante no caso concreto. Nesses casos, tal fator foi determinante para o indeferimento da cautelar com efeito suspensivo⁶⁸, não

⁶⁷ Trecho do acórdão: “14. Por oportuno, ressalto que não há que se falar em *periculum in mora* reverso no caso concreto que ora se analisa, tendo em vista que as obras em tela ainda estão em fase inicial de execução, em que estão sendo implementadas etapas preliminares, não havendo potenciais prejuízos com paralisação (sic) de serviços que justifiquem a continuidade de um contrato com graves indícios de antieconomicidade. 15. Desse modo, é cabível a adoção de medida cautelar tendente a impedir o andamento do RDC Presencial 1/2015, bem como a execução do Contrato 19/2015, pactuado com a Empresa Compacta Engenharia e Serviços Ltda., até que este Tribunal delibere, em definitivo, sobre as irregularidades examinadas nos autos.”

⁶⁸ Trecho do acórdão 1737/2016: “Considerarei ausente o requisito da urgência, pois já havia sido celebrado o contrato decorrente do certame e estava em curso a prestação dos serviços.”

parecendo ter sido o caso de, no entender da Corte, a fumaça do bom direito não estar presente.⁶⁹

Do mesmo modo, no acórdão 3096/2016, a forma pela qual o pedido cautelar foi enfrentado demonstra a fragilidade da argumentação desenvolvida no que se refere às possíveis consequências da decisão. Por mais uma vez, a Corte de Contas rejeitou o pedido para suspender a execução do contrato objeto de impugnação, sob o fundamento genérico do perigo na demora ao reverso.⁷⁰

Não foram sopesados os custos e benefícios de cada uma das alternativas decisórias. Tampouco foram detalhados os prejuízos efetivos que eventual medida interruptiva ou suspensiva causaria à obra, os quais deveriam ser contrastados com os impactos negativos decorrentes de decisão que autorizasse a continuidade da execução do contrato.

É certo que, tal como redigido o acórdão, o TCU adotou, neste caso, uma postura de autocontenção sob o pálio de não ter elementos que demonstrassem os possíveis efeitos da sustação de um dos contratos para o andamento global do empreendimento em referência. Nem sempre, entretanto, o Tribunal age desse modo, conforme se verifica dos acórdãos aqui examinados, os quais mostram, na verdade, uma propensão de medidas cautelares suspensivas mesmo que ausentes elementos que demonstrem os efeitos adversos da sustação da execução contratual.

Por sua vez, no acórdão 3172/2016, a Corte de Contas realizou exame comparativo de opções decisórias⁷¹, tendo a unidade técnica opinado pela suspensão

⁶⁹ Tanto é que no acórdão 1737/2016 é feita recomendação para ajuste em contratação futura e para que o contrato em curso não seja renovado. Nesse sentido, cite-se o trecho: “Além disso, para que se evitem novos problemas dessa natureza é suficiente que seja expedida determinação ao banco para que não prorogue o contrato em discussão e que, em próximos certames, não exija o credenciamento junto a empresas fornecedoras sem expressa justificativa no processo licitatório e não deixe de avaliar o impacto dessa exigência no potencial número de interessados na disputa.”

⁷⁰ Trecho do acórdão: “Quanto à proposta de medida cautelar, não estão presentes os requisitos regimentais para sua concessão, por considerar que, como não foi demonstrado o impacto que a sustação da execução do contrato 4500083642 pode ter no andamento global do empreendimento, há risco reverso de paralisação das obras da linha de transmissão, cujos interesse público ficou evidenciado no primeiro bloco deste despacho.”

⁷¹ Trecho do acórdão: “7. Em instrução e pareceres concluídos em 11/12/2014, a Secex/ES propôs a adoção de medida cautelar, sem prévia oitiva das partes, com vistas a determinar, com fundamento no art. 276 do RI/TCU, que a direção regional do Sesi no Estado do Espírito Santo se abstivesse de efetuar

imediate de gastos na obra impugnada em razão das irregularidades identificadas. Muito embora esses apontamentos tenham sido feitos, o Ministro Relator decidiu cautelarmente pela continuidade da aplicação de recursos na obra, ao argumento de que a sua paralisação poderia resultar em riscos para a estrutura do local.

Ainda que tenha se mostrado uma premissa fática equivocada posteriormente⁷², a decisão que determina a continuidade de gastos em obra com irregularidades identificadas se sustenta se for tratada como válvula de escape para evitar maiores prejuízos, sejam estes de ordem financeira, social ou de outra natureza. No caso, o propósito da decisão cautelar que determinou a continuidade dos gastos e da obra era garantir a higidez da estrutura da obra, a qual poderia ser comprometida com a paralisação, segundo apontavam relatórios juntados aos autos.

Com a ressalva de que decisões consequencialistas demandam domínio das premissas sobre as quais se fundam as projeções feitas pelo julgador, somente a consideração dos efeitos práticos da decisão é que propicia um debate aberto e conectado com a realidade sobre o custo e benefício de cada uma das alternativas decisórias possíveis.

No acórdão 488/2017, a Corte de Contas examinou agravo interposto contra decisão que cautelarmente suspendeu a execução do contrato celebrado com determinada empresa contratada por inexigibilidade para prestar serviços técnicos de

quaisquer despesas na execução do contrato celebrado, tendo por objeto as obras de reforma e ampliação do edifício, incluindo a construção de um restaurante giratório com piano bar no último andar, até ulterior deliberação deste Tribunal. 8. Como fundamentos à adoção da cautelar, sustentou a secretaria que a concepção do empreendimento e seu custeio pelo Serviço Social da Indústria seria irregularidade flagrante, pois seriam absolutamente alheios à elevada função institucional desempenhada por aquela entidade, sendo que o agravamento dos efeitos danosos ao seu patrimônio ainda poderia ser evitado, em certo grau, mediante a ação imediata desta Corte de Contas, no exercício do poder geral de cautela, de forma a evitar novos aportes de recursos a essa obra. 9. Todavia, em despacho que proferi nos autos, ressaltei que, em razão das falhas nas estruturas, indicadas nos relatórios que integravam os autos, até aquele momento, havia indicativo de perigo reverso na adoção da medida, cerca de quatro anos após o início das obras, uma vez que havia risco de desestabilização das estruturas construídas, de forma que entendi não ser cabível, até aquele momento, a paralisação do fluxo de recursos financeiros, em que pese as irregularidades graves.”

⁷² Trecho do acórdão: “12. Em visita *in loco* às instalações até então concluídas, a equipe de auditores deste Tribunal pode constatar que, ao contrário do que receava este Relator, não havia risco para a construção caso cessados os aportes de recursos pelas entidades do “Sistema S” envolvidas, haja vista que a obra já se encontrava paralisada pela rescisão do contrato até então celebrado no exercício anterior (em época contemporânea à conclusão do relatório da CGU), após a adoção das medidas mitigadoras de segurança para a fase construtiva.”

atualização do projeto arquitetônico do complexo sede do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª região.⁷³

O recurso em referência foi provido para reverter a cautelar suspensiva e a justificativa para tal mudança de posicionamento do TCU repousou, mais uma vez, no perigo na demora ao reverso. A tradução dessa expressão neste caso, porém, parece não ser suficiente para caracterizar a argumentação como consequencialista, mas sim como retórica para justificar a reforma da decisão recorrida, eis que fundada na mera existência de prévia dotação orçamentária para a obra.⁷⁴ A existência de prévia dotação orçamentária para a obra não deve ser tratada de forma diversa da que o direito financeiro lhe atribui. A prévia dotação é exigência para qualquer dispêndio público, de modo que o argumento passa ao largo do que o consequencialismo se propõe.

Nessa linha, não se pode deixar de mencionar a expressão “consequenciachismo” utilizada por Conrado Hübner Mendes⁷⁵ para representar a crítica ao excesso de especulação e consequencialismo inconsequente de determinados julgadores. Justa ou não, a crítica se dirige ao mau uso do consequencialismo. Se é certo que a consideração dos efeitos da decisão perpassa pela própria definição do que se entende por consequencialismo, igualmente é certo que tal comportamento só se sustenta na hipótese de o julgador adotar e aplicar metodologia de raciocínio calcada em dados concretos para que os prognósticos realizados tenham substrato fático, e não que exteriorize opinião pessoal ou palpite do tomador de decisão.

⁷³ Trecho do acórdão: “9.2. adotar medida cautelar com base no art. 276, caput, do RI/TCU, determinando ao Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região que suspenda os procedimentos de contratação por inexigibilidade de licitação de que trata o Processo Administrativo – PROAD 10752/2016, incluindo todos os atos deles decorrentes, o que inclui a execução do contrato celebrado no dia 21.12.2016, entre o TRT5 e a Topocart Topografia e Arquitetura S/S Ltda., até que o Tribunal delibere sobre o mérito das questões levantadas nesta representação (...).”

⁷⁴ Trecho do acórdão: “As obras, de centenas de milhões de reais, possuem alinhados recursos suficientes, desde que sua execução ocorra até 2019, de forma que me parece, a paralisação cautelar, com base em mera verossimilhança das alegações consignadas na peça instrutiva, pode vir a traduzir-se em reflexos negativos, caso se conclua, futuramente, pela regularidade do procedimento, tal como aventado pelo recorrente.”

⁷⁵ Artigo disponível em: <<https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>>. Acesso em 20 de janeiro de 2020.

Assim, quando se diz que o uso do perigo na demora ao reverso no caso concreto não qualifica a argumentação como consequencialista, quer-se dizer que o tomador de decisão não apresentou elementos probatórios para sustentar o seu prognóstico⁷⁶, aproximando-se, assim, do que se denomina de “consequenciachismo”.

Passando para o acórdão seguinte, o de número 637/2017, o seu objeto era uma representação contra o procedimento licitatório que culminou com a contratação de empresa para prestar de serviços de engenharia na implantação da 2ª etapa do sistema de esgotamento sanitário do Município de Barra de São Miguel, Paraíba. O destaque é que, ao contrário de julgados anteriores, o fato de o contrato já estar assinado não foi impeditivo para a concessão de cautelar suspensiva do uso de recursos federais na obra em referência.⁷⁷ Entendeu-se, neste caso, que não estava presente o perigo na demora ao reverso.⁷⁸

Recorde-se que em situações anteriores a Corte de Contas indicou que o contrato já ter sido assinado importaria em perigo na demora ao reverso, considerando os possíveis prejuízos advindos da interrupção ou suspensão do curso contratual.

Essa divergência reforça a tese de que o manejo de expressões genéricas sem a consideração das consequências práticas e particulares de cada um dos casos fragiliza toda a argumentação desenvolvida e, por arrastamento, a autoridade da decisão proferida.

⁷⁶ Em defesa do “consequenciachismo” frente ao “princiachismo”, vide artigo de José Vicente Santos de Mendonça disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>>. Acesso em 20 de janeiro de 2020.

⁷⁷ Trecho do acórdão: “I - cautelarmente, nos termos do art. 276, caput, à Prefeitura Municipal de Barra de São Miguel/PB (CNPJ 08.701.708/0001-81) que se abstenha imediatamente de utilizar recursos federais para a execução do Contrato 28/2016 celebrado com a empresa RTS Construções e Serviços Ltda. (CNPJ 12.209.627/0001-36), em decorrência da Concorrência Pública 001/2016, até que esta Corte se pronuncie sobre o mérito da presente representação [...]”.

⁷⁸ Trecho do acórdão: “Por sua vez não se cogita em periculum in mora reverso uma vez que, nos termos da Portaria-Segecex 12/2016, se adotada a medida cautelar não causará dano irreparável ao patrimônio público, à Administração nem ao funcionamento dos serviços públicos, bem como não acarretará qualquer prejuízo [...]”.

De igual forma, no acórdão 1079/2017, a Corte de Contas deferiu medida cautelar suspendendo a execução de contrato já firmado e em curso.⁷⁹ Prevaleceu o entendimento de que, muito embora o contrato já estivesse em curso, o perigo na demora ao reverso não estaria presente em razão de a obra estar em fase inicial.⁸⁰

Uma análise comparativa dos pronunciamentos do TCU em situações nas quais o contrato examinado já estava em curso confirma que o perigo na demora ao reverso pode ser utilizado para defender posicionamentos antagônicos, a depender da intenção do julgador. A maleabilidade da expressão coloca os destinatários da decisão em situação de vulnerabilidade aos criticados palpites, prognósticos e achismos por parte do julgador.

Isso serve para demonstrar a insuficiência dessa e outras expressões quando desacompanhadas de apontamentos especificando circunstâncias concretas e casuísticas que as sustentem e, por consequência, a sua distância de uma argumentação verdadeiramente consequencialista.

Cabe reconhecer que quando se fala em perigo na demora ao reverso, estar-se-á tratando, de algum modo, de consequência da decisão, ainda que o passo subsequente, consistente na análise da qualidade da argumentação, mostre que o uso da expressão representou mera retórica e não contém qualquer dado ou elemento concreto que a justifique.

Ultrapassado esse caso, quando do exame da representação que resultou no acórdão 9678/2017, o TCU entendeu por bem, ao revés, não impor qualquer medida que impactasse diretamente a continuidade do contrato, mas apenas vedar a sua

⁷⁹ Trecho do acórdão: “7. Por meio do Acórdão 1.482/2016 – Plenário, este Tribunal por vislumbrar, no caso concreto que ora se analisa, *periculum in mora* e *fumus boni iuris* a embasar a concessão imediata da medida cautelar pleiteada, conheceu da presente Representação, bem como determinou a suspensão do andamento do RDC Presencial 1/2015, bem como da execução do Contrato 19/2015 decorrente do aludido certame, até deliberação final de mérito, após novas oitivas do Município de Boa Hora/PI e da empresa contratada, Compacta Engenharia e Serviços Ltda., acerca das irregularidades apontadas nestes autos.”

⁸⁰ Trecho do acórdão: “14. Por oportuno, ressalto que não há que se falar em *periculum in mora* reverso no caso concreto que ora se analisa, tendo em vista que as obras em tela ainda estão em fase inicial de execução, em que estão sendo implementadas etapas preliminares, não havendo potenciais prejuízos com paralização de serviços que justifiquem a continuidade de um contrato com graves indícios de antieconomicidade.”

renovação.⁸¹ O fator decisivo para esse posicionamento foi, mais uma vez, o fato de o contrato já estar em curso.

Entretanto, no acórdão 609/2018, o TCU, de forma diversa, rejeitou pedido cautelar suspensivo por conta do estágio em que a contratação se encontrava (contrato em curso) e, para isso, utilizou-se, genericamente, da expressão perigo da demora ao reverso.⁸²

No acórdão 3773/2018, o destaque fica por conta do apontamento rigorosamente semelhante ao que é feito neste trabalho: “40.2. Considerando que o interesse público deve ser preservado e que a atuação do Poder Público não pode causar dano maior do aquele que deseja combater, resta sopesar o que seria mais danoso para administração, anular a licitação e respectivo contrato ou convalidar o ato mesmo com os problemas constatados na condução do certame.”.

É justamente essa ponderação que deve ser realizada pelo tomador de decisão consequencialista para a entrega de decisão que efetivamente resguarde o interesse a ser protegido no caso.

Para além de fixar com precisão a questão que deve ser dirimida por todos os julgadores indistintamente, o referido acórdão é mais um exemplo de pronunciamento do TCU em que o perigo na demora reverso foi utilizado como justificativa para o indeferimento do pedido cautelar, sob a justificativa de que o contrato estava em curso.⁸³

⁸¹ Trecho do acórdão: “Trata-se determinar ao Hospital que se abstenha de prorrogar o contrato com a Cook com base na Cláusula Segunda do contrato firmado com a referida empresa no transcurso do próximo aniversário contratual, devendo a mesma entidade hospitalar universitária providenciar a imediata realização de novo procedimento licitatório com vistas à contratação de nova empresa, para realização dos mesmos serviços.”

⁸² Trecho do acórdão: “4. Está afastado o pressuposto do perigo da demora reverso uma vez que o contrato está sendo executado e não há informações de problemas quanto a este no momento. Ademais, a contratação é recente, o que, todavia, não impede que esta unidade técnica prossiga com as apurações que considere necessárias.”

⁸³ Trecho do acórdão: “A análise da resposta às referidas oitivas teria reforçado a fumaça do bom direito, em face da prematura desclassificação da ora representante no certame, mas, para além da ausência do perigo na demora, diante da ausência do iminente dano ao erário, a unidade técnica destacou a subsistência do perigo na demora reverso, em face do risco de pronta interrupção dos aludidos serviços nas correspondentes unidades do INSS, com o subsequente impacto negativo sobre o atendimento ao público.”

Ao contrário, no acórdão 1118/2018, muito embora o contrato já estivesse em curso, foi deferida cautelar para suspender a prática de quaisquer atos a ele relacionados até que o Tribunal se manifestasse sobre o mérito da representação. Porém, quando da apreciação do agravo, o TCU reformou seu entendimento, alegando estar presente o perigo na demora ao reverso.⁸⁴ A mudança de posição, por si só, não deve ser repudiada, exceto quando, e parece ser este o caso, a mudança for resultado da falta de análise e investigação de elementos e dados concretos do caso para a formação de convicção sólida e robusta sobre as consequências da decisão.

Se os motivos que levam a Corte de Contas a deferir ou não a medida cautelar forem marcados por palpites e voluntarismo por parte do julgador, a decisão carecerá de uma real motivo para caminhar em dada direção, submetendo as partes envolvidas – incluindo-se aí o interesse da coletividade – ao risco de variações de posicionamentos que poderiam ser evitadas, caso uma análise séria das consequências da decisão tivesse sido previamente realizada.

O acórdão 26/2019 traz situação similar em que o *periculum in mora* utilizado para deferir a cautelar se transformou em *periculum in mora* reverso em grau recursal para revogar a cautelar outrora deferida.⁸⁵ A variação de posição é permitida e recomendada, quando for o caso, porém a sua incidência poderia ser reduzida

⁸⁴ Trecho do acórdão: “40. Considerando as novas informações apresentadas pelo Sesi, principalmente o fato de o contrato decorrente do Pregão 13/2017 ter sido assinado em 21/2/2018 e a necessidade de adequação até janeiro/2019 dos seus sistemas para atendimento do eSocial quanto à SST pelas empresas industriais que contratam seus serviços, entende-se presente o perigo da demora ao reverso. A continuidade da medida cautelar anteriormente adotada pode trazer prejuízos à recorrente e às suas contratantes, assistindo razão à recorrente.”

⁸⁵ Trecho do acórdão: “De se registrar que a proposta de cautelar de peça 13, quanto ao *periculum in mora*, baseou-se no fato de que eventuais contratos decorrentes da ata de registro de preços poderiam ser firmados a qualquer momento, e – levada a cabo a cautelar determinando a abstenção de assinatura de contrato ou a sua execução, se já assinado - haveria tempo hábil para que o Ministério da Saúde adotasse providências com o fim de contratar outras interessadas, pois o prazo para a entrega da primeira parcela restara fixado em 120 dias da assinatura do contrato, no que foi considerado ausência de *periculum in mora* ao reverso, traduzido em possível desabastecimento do medicamento e consequente desassistência aos dependentes do fármaco. [...]. Como não há tempo hábil para trazer informações atualizadas nesta fase processual, de modo a auxiliar a firmar a convicção, amparado nas informações trazidas pelos agravantes, reputa-se caracterizado o perigo da demora reverso, sem prejuízo de que o Ministério da Saúde seja diligenciado para que apresente informações atualizadas que serão consideradas no mérito desta representação.”

sensivelmente, como descrito, se as consequências da decisão fossem previamente consideradas.

Neste caso mencionado, por exemplo, muito embora não se tenha notícia do tempo usualmente despendido pelo Ministério da Saúde para a aquisição e recebimento de medicamento por meio de ata de registro de preço, a busca por essa informação poderia facilitar a tomada de decisão cautelar, seja no sentido de realmente suspender a contratação impugnada e determinar o início de nova contratação, seja para adotar outra solução que compusesse os indícios de irregularidade e o potencial risco de desabastecimento do medicamento.

O resultado não necessariamente seria diferente. A questão é que a ausência de debate em torno das consequências impede a formação de um convencimento sólido sobre os possíveis efeitos da decisão, o que pode acabar por aumentar, inclusive, a chance de mudança de posicionamento do TCU em sede recursal, eis que uma decisão cautelar desconectada com a realidade pode criar situação que demande do órgão revisor a emissão de um comando diverso para evitar consequências indesejáveis.⁸⁶

O acórdão 1602/2019 apresenta passagens genéricas e despidas de cunho consequencialista e que são utilizadas como fundamento para o pronunciamento sobre a medida cautelar. O interessante desse caso é que o pregão foi cautelarmente suspenso, em razão da alegada presença de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. A entidade pública contratante, então, decidiu cancelá-lo e lançar novo pregão corrigindo algumas irregularidades identificadas. No entanto, manteve uma exigência que havia sido prevista no edital anterior, a qual, no olhar do TCU, poderia comprometer a competitividade do certame. Porém, no exame dessa nova licitação, o TCU entendeu estar presente *periculum in mora* reverso, consistente no risco de paralisação do fornecimento do serviço.⁸⁷ Essa mudança de posicionamento, ainda

⁸⁶ Basta pensar em uma situação em que, cautelarmente, o julgador não se aprofunde nas possíveis consequências de sua decisão, não identificando risco real de desabastecimento de determinado medicamento e, com isso, em sede recursal, a situação fática subjacente não deixe outra alternativa para o órgão revisor a não ser proferir decisão no sentido de evitar o premente desabastecimento.

⁸⁷ Trecho do acórdão: “levando em conta a natureza do objeto do certame, entendo que assiste razão à Unidade Técnica quando defende a existência de *periculum in mora* reverso, pois uma eventual

que possível e recomendada, caso realmente os fatos a justifiquem, deve ser motivada com maior rigor ainda. A pergunta que deve ser claramente respondida nesse caso, e não foi, é: o que levou o julgador a entender que, em dado momento, não estava caracterizado o *periculum in mora* reverso e, num momento posterior, entender pela sua presença?

A omissão do julgador em enfrentar abertamente esse ponto é indicativo da falta de consideração das consequências em uma ou ambas as decisões. Sugere que o TCU não considera, de forma efetiva, as consequências práticas advindas de suas decisões em situações de irregularidades contratuais.

Ainda que trate do perigo da demora ao reverso, ou de sua ausência, que de certo modo atende formalmente ao que se entende por uma argumentação consequencialista, essa análise é insuficiente para efetivamente preencher a materialidade deste conceito. Sem considerações concretas sobre as especificidades do caso, a mera menção genérica ao perigo na demora ao reverso esvazia o discurso empreendido, permitindo que o julgamento se dê exclusivamente na base do subjetivismo do tomador de decisão de plantão.

No acórdão 1655/2019, verifica-se que a suspensão cautelar do certame para a contratação de empresa responsável pela execução das obras da Linha Leste do Metrô de Fortaleza se deu sem qualquer consideração das consequências dessa decisão. Os prejuízos à população local sequer foram tratados. O que sustentou a referida decisão cautelar foi a menção genérica à fumaça do bom direito e *periculum in mora*.⁸⁸ A análise do trecho destacado na nota de rodapé sugere, mais uma vez, a

paralisação na gestão do fornecimento de combustíveis e na manutenção preventiva e corretiva para a frota de veículos oficiais poderia causar transtornos incontornáveis para a Ufes.”

⁸⁸ Trecho do acórdão 1746/2018: “Os arts. 20 e 21 do Decreto-Lei 4.657/1942, modificados recentemente pela Lei 13.655/2008, determinam que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão; e que a decisão que decretara a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Embora eventual provimento acautelatório não caracterize a anulação definitiva do contrato, muito há que cogitar a respeito das informações de uma série de irregularidades que gravitam no entorno dessa obra, havendo que se observar os dispositivos legais também no caso dessa medida administrativa. Há risco de dano ao Erário, no montante referente à participação do Orçamento Geral da União no financiamento da eventual contratação do Consórcio FTS Linha Leste, e de prejuízo ao interesse público, tendo em vista a relevância da obra para a mobilidade urbana na cidade de Fortaleza/CE, e de novas paralizações em razão de eventual contratação mal sucedida. Quanto ao perigo da demora,

tendência do TCU de presumir o *periculum in mora* quando o contrato com suspeita de irregularidade estiver próximo de ser assinado. Duas questões, então, se colocam: a primeira no sentido de saber se essa presunção é, sempre, correta, e a segunda é que, sob essa perspectiva, o TCU parece se contentar, nestes casos, com a presença da fumaça do bom direito, dispensando a comprovação (e sua explicação) do *periculum in mora*.

Adicionalmente, o destaque nesse acórdão fica para a expressa indicação no acórdão que deferiu a cautelar dos dispositivos da LINDB que impuseram ao órgão de controle a obrigação de considerar as consequências de sua decisão.

A referência a esses dispositivos desacompanhada de qualquer ponderação concreta e profunda das possíveis consequências traduz verdadeira retórica, não satisfazendo o real propósito da lei. No fim deste caso, as supostas irregularidades que serviram de base ao deferimento da cautelar não foram comprovadas e a representação julgada improcedente, o que, de certa forma, coloca na berlinda a tendência da Corte de presumir o *periculum in mora* em casos de suspeitas de irregularidades em contratos em vias de ser assinado.

O acórdão 1688/2019, por outro lado, é exemplo de julgamento em que o consequencialismo teve protagonismo para a reversão da cautelar deferida monocraticamente pelo Ministro relator. Em um primeiro momento, foi cautelarmente deferida a suspensão de repasses às 2 entidades de assistência à saúde em razão de suposta irregularidade na qualificação e operação delas como Centros Especializados em Reabilitação.⁸⁹

Porém, em etapa processual posterior, com a reunião de informações mais consistentes, concluiu-se, em plenário, que a manutenção da cautelar poderia trazer

conforme já mencionado, há notícias na mídia de que o contrato com o Consórcio FTS Linha Leste está na iminência de ser assinado.”.

⁸⁹ Trecho do acórdão: “Cabe destacar que o motivo da concessão da medida de cautelar de suspensão de repasse dos recursos sob a modalidade custeio à APAAS e ao CRSA foi a constatação de um quadro grave de irregularidades na qualificação e operação dessas entidades como Centros Especializados em Reabilitação (CER), do tipo IV.”.

efeitos nocivos e irreparáveis à prestação dos serviços de saúde oferecidos à população local.⁹⁰

Na linha dos julgados anteriores, esse acórdão é mais um indicativo de que o TCU, como praxe, presume o *periculum in mora* da própria presença da fumaça do bom direito. Ocorre que, além de não encontrar amparo na legislação processual⁹¹ e no regimento interno do TCU⁹², o que, por si só, é (ou deveria) ser suficiente para reprovar essa prática, a presunção do *periculum*, ainda que relativa⁹³, abre espaço para o deferimento de cautelares interventivas desproporcionais ou mesmo desnecessárias.

Esse julgamento mostra, ainda, a impropriedade de, à míngua de informações consistentes, deferir medidas cautelares que possam causar, de imediato, prejuízos à sociedade⁹⁴, em especial quando se tratar de risco de interrupção de serviços básicos de saúde. Por essa razão, já se disse anteriormente nesse trabalho que, em cognição sumária, o julgador deve empreender esforços adicionais para antecipar as possíveis consequências de sua decisão. Significa dizer que a análise em torno do *periculum in mora* não pode ser dispensada, e tampouco a do perigo na demora ao reverso.

No acórdão 8204/2019, a discussão girava em torno de suposta irregularidade no pregão eletrônico lançado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. A representação fora julgada parcialmente procedente e o pedido de suspensão cautelar do certame considerado prejudicado, porém o destaque desse acórdão é que o TCU não deferiu qualquer medida interventiva no certame, tendo determinado, em

⁹⁰ Trecho do acórdão: “Considerando as informações trazidas nestes autos relacionadas à demanda do município de Picos/PI quanto aos serviços de reabilitação, conclui-se que a manutenção da suspensão dos repasses, sob a modalidade custeio, poderá ocasionar grave dano irreparável à população-alvo da política pública em questão.”.

⁹¹ Art. 300 do CPC: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”.

⁹² Art. 276 do Regimento Interno do TCU: “O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.”.

⁹³ Os julgados analisados permitem aferir que a presunção do *periculum in mora* promovida pelo TCU é de natureza relativa, admitindo prova em contrário, tal como neste caso analisado que, após novos elementos, o próprio Tribunal entendeu por bem revogar a cautelar anteriormente deferida.

⁹⁴ Decorrente da presunção do *periculum in mora* diretamente da fumaça do direito.

contrapartida, que o referido órgão público apenas se abstivesse de prorrogar o contrato derivado do Pregão Eletrônico nº 8/2019 e, para tanto, promovesse o oportuno lançamento da nova licitação, sem a exigência de exclusiva certificação, tal como feito neste pregão.

A justificativa para esse posicionamento considerou o estágio da contratação e a economia por ela gerada em comparação com o contrato anteriormente vigente.⁹⁵ Trata-se de argumento de cunho prático que, no caso, se sobrepôs à restrição de competitividade identificada no certame analisado. É exemplo que demonstra o enfrentamento *do periculum in mora* por parte do TCU e, dessa forma, das consequências da decisão.

Por fim, o acórdão 2237/2019, último selecionado dentro da pesquisa delimitada, tem como pano de fundo revisão tarifária promovida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) em razão da Lei 13.103/2015 (lei dos caminhoneiros), especificamente no que concerne ao incremento gerado na tarifa básica de pedágio do Contrato de Concessão da BR-060/153/262/DF/GO/MG firmado entre a referida agência e concessionária responsável pela exploração da rodovia. O Ministro relator deferiu a cautelar para alterar a base de incidência do percentual de revisão tarifária adotado pela ANTT, o que motivou a apresentação de recurso tanto por esta, quanto pela concessionária.

No recurso, a agência suscitou argumentos de cunho consequencialista contra a cautelar interventiva deferida pelo TCU, destacando-se os possíveis riscos ao regular cumprimento do contrato e atingimento das metas de qualidade pela concessionária, a qual, se mantida a decisão, não estaria sendo devidamente compensada pelo desequilíbrio do contrato, segundo a posição da ANTT.

Não foi possível identificar no acórdão que rejeitou o recurso argumentos suficientes para neutralizar ou rebater inteiramente a tese consequencialista da ANTT.

⁹⁵ Trecho do acórdão: “Todavia, diante do atual estágio avançado da aludida contratação e da suposta economicidade em relação aos atuais contratos de manutenção, o TCU não deve determinar a imediata sustação da aludida licitação, mas determinar que o FNDE se abstenha de prorrogar o subsequente contrato público (...)”.

Ao revés, os apontamentos da unidade técnica instrutiva, adotados como razões de decidir, apenas mencionam que: “O perigo da demora restou configurado nos presentes autos. Eventual aguardo da decisão de mérito do TCU sobre o tema poderia demandar dos usuários da rodovia BR-060/153/262/DF/GO/MG um pagamento adicional indevido da tarifa de pedágio ao longo do tempo. Não se pode, portanto, permitir o desequilíbrio da tarifa de pedágio em desfavor dos usuários da rodovia.”.⁹⁶

Afirmar que não se pode admitir desequilíbrio da tarifa em desfavor do usuário não rebate as ponderações levantadas pela ANTT quanto aos possíveis efeitos maléficos da mudança da base de incidência do percentual de revisão tarifária, em especial o risco de o desequilíbrio recair sobre a concessionária e isso resultar, com o decorrer do tempo, em riscos para a concessão e para o cumprimento de obrigações básicas por aquela. Isso sem contar que a afirmação da unidade técnica instrutiva de que não se pode permitir o desequilíbrio em desfavor do usuário também se aplica para a concessionária. A nenhuma das partes deve ser conferido o ônus de arcar com o desequilíbrio do contrato, o qual deve, por disposição legal, ser sempre mantido e restabelecido caso haja alguma alteração.⁹⁷

3.1. Comentários gerais sobre os achados jurisprudenciais

Os julgados tratados no tópico anterior foram escolhidos de acordo com a metodologia descrita pelo autor deste trabalho, a qual buscou selecionar processos com pertinência temática com o escopo da pesquisa e que, ao mesmo tempo, apresentassem situações em que a Corte de Contas foi provocada a encarar as consequências de sua decisão, ainda que o enfrentamento não tenha ocorrido.

Considerando que a atividade interpretativa é, por natureza, sujeita ao subjetivismo daquele que a executa, a seleção dos acórdãos dentre todos os

⁹⁶ Mais uma vez, verifica-se que, para o TCU, na prática, basta a comprovação do *fumus boni iuris* para que seja possível presumir o *periculum in mora*.

⁹⁷ Art. 9, §4º, da Lei nº 8.987/1995: “Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”.

resultados obtidos⁹⁸ e a opinião emitida sobre cada um deles devem ser encaradas como uma análise pessoal e, portanto, sujeita a entendimento diverso.

Isto é, os comentários feitos a cada um dos acórdãos explorados são fruto de leitura e interpretação do autor deste trabalho, de tal forma que retratam a sua visão, passível de opinião divergente. É possível afirmar, de qualquer sorte, que os acórdãos analisados são instrumento adequado para avaliar a prática argumentativa da Corte de Contas e, mais especificamente, se faz parte desta prática o emprego de valores abstratos para fundamentar decisões e, em caso positivo, se aliado a eles o tomador de decisão considera as consequências práticas da decisão.

E o produto dessa pesquisa empírica mostrou que o TCU, com pontuais ressalvas, não trata de consequências práticas e, quando o faz, parece se ajustar ao que se denominou de consequenciachismo, eis que ausente rigor metodológico e busca por dados e elementos concretos para as projeções de possíveis efeitos da decisão.

Utilizando-se como base o artigo 20 da LINDB, o consequencialismo é o remédio eleito pelo legislador para combater decisões com base em valores jurídicos abstratos.⁹⁹ Entretanto, o que se verifica dos acórdãos analisados é que, seja antes ou depois da positivação do artigo 20 da LINDB, o mais próximo que o TCU chega de uma discussão em torno das consequências acontece quando o debate gira em torno da presença, ou não, do perigo na demora e o perigo da demora ao reverso, expressões também dotadas de alto grau de abstração.

Tal como utilizadas, essas expressões sonégam a criação de um ambiente propício para um debate aberto sobre as consequências da decisão, servindo apenas como argumento retórico para justificar o comando contido no dispositivo da decisão.

⁹⁸ Todos os 145 acórdãos foram examinados pelo autor deste trabalho. Porém, após o exame de cada um, foram selecionados e descritos apenas aqueles que, na sua interpretação, possuem pertinência com o objeto do trabalho. Excluídos dos comentários foram aqueles, por exemplo, relacionados à atos de admissão.

⁹⁹ Basta, para tanto, verificar a redação do art. 20 da LINDB: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”.

Esse retrato deriva da constatação de que a partir de mesmos valores ou expressões o Tribunal emite decisões em sentido diametralmente opostos, o que confirma a conclusão de que, até a data de término desta pesquisa jurisprudencial, o TCU persiste em motivar suas decisões com argumentos retóricos e sem concretude.

Ao assim agir, sugere, ainda, uma inversão no caminho trilhado pelo julgador para decidir. A fundamentação construída deveria gerar como produto o dispositivo, porém a prática de usar expressões abstratas, desacompanhados de reflexão à luz das circunstâncias do caso, parece indicar que a fundamentação é meramente simbólica para justificar o comando final, o qual, é razoável dizer, é definido discricionariamente e previamente pelo tomador de decisão.

Uma decisão consequentialista pressupõe que o julgador analise e discuta, minimamente, as circunstâncias fáticas que cercam o caso examinado e os potenciais efeitos práticos de cada alternativa decisória.

A mera certificação de um fato, como, por exemplo, o contrato examinado estar em curso, não deveria conduzir, necessariamente, a um dado julgamento. Entretanto, os julgados analisados demonstram que esse fato foi tratado como definidor em diversas situações e, para agravar, fundamentando decisões em direções distintas, a depender do caso. Isto é: sequer foi possível extrair um padrão decisório no uso dessa espécie de argumentação marcada pela retórica.

Se a partir de um dado, como o contrato estar em curso, for desenvolvido raciocínio que efetivamente pondere os custos e benefícios concretos das possíveis decisões, entre elas alguma medida tendente a suspender a execução contratual¹⁰⁰ ou outra que permita a sua continuidade, pode-se afirmar que o consequentialismo, de fato, foi empregado.

¹⁰⁰ Ressalve-se, mais uma vez, a discussão em torno da constitucionalidade de medidas dessa natureza diante do texto constitucional, notadamente as competências taxativamente descritas no artigo 71 da CRFB/88.

É por isso que a invocação do “interesse público” ou a menção genérica ao perigo da demora ao reverso não são suficientes para sustentar com solidez determinado dispositivo.

O julgador deve se despir de todo e qualquer preconceito para bem empreender uma argumentação consequencialista. Nesse sentido, a atitude de previamente à análise do caso atribuir peso absoluto a uma dada variável pode contaminar o raciocínio empreendido, pois a neutralidade do julgador é condição para que as alternativas decisórias sejam efetivamente confrontadas e a escolha recaia sobre aquela que propicie maior efetividade dentre as opções disponíveis.

Importante notar que os acórdãos analisados revelam, ainda, certa autolimitação do raciocínio desenvolvido pela Corte de Contas, que, ainda que involuntariamente, restringe a amplitude de sua cognição somente para a decisão exarada, não a estendendo para as demais alternativas decisórias descartadas.

Para que o consequencialismo seja corretamente aplicado é fundamental que o julgador considere não só uma, mas outras que se apresentem como possíveis para que possa efetivamente comparar os efeitos práticos de cada uma delas e escolher aquela que maximize o interesse jurídico a ser protegido a um menor custo.

Pouco se viu nos julgados analisados, por exemplo, o TCU ponderando os custos de não se ter determinado serviço ou obra disponíveis em uma determinada data. Fechar os olhos para essa espécie de custo significa ignorar que as decisões da Corte produzem importantes reflexos na sociedade de um modo geral.

Lembre-se, ainda nesse aspecto, o papel viabilizador do consequencialismo na concretização da redução das perdas à entidade pública lesada. É só com a análise de dados e elementos do caso concreto, bem como dos possíveis efeitos práticos de cada alternativa decisória, que é possível sopesar e definir o caminho que produza o melhor resultado para o interesse jurídico a ser protegido, objetivo maior da atuação de uma Corte de Contas que, no fim, deve zelar pela juridicidade e preservar o patrimônio público.

Nessa linha, outra constatação da pesquisa desenvolvida neste trabalho é que o TCU tem a tendência de, a partir da verificação do *fumus boni iuris*, presumir a presença do *periculum in mora*, como se a presença deste requisito estivesse necessariamente atrelada à verificação do primeiro. Essa equivocada presunção fragiliza os pronunciamentos cautelares do Tribunal e as respectivas fundamentações, as quais acabam por dispensar uma análise detida acerca do perigo na demora e o perigo na demora ao reverso, seu contraponto, a qual poderia apresentar outra solução jurídica mais efetiva para a resolução do litígio.

É interessante notar que, como resultado desta tendência, o TCU, de uma maneira geral, adota postura interventiva em pedidos cautelares.¹⁰¹ Ainda que ciente de que isso possa ser apenas um reflexo das irregularidades averiguadas nos casos examinados, sugere, de qualquer modo, que o TCU não tem o hábito de se autoconter e deixar o contrato administrativo seguir com o seu curso regular.

Esse comportamento pode produzir resultados nocivos se os julgadores não seguirem as diretrizes a que devem vinculação, dentre elas a vedação de que decidam com base exclusivamente em valores abstratos. Decisões que desprezam as suas consequências têm potencial de gerar resultados indesejados, tanto para o caso examinado, quanto para o campo da contratação pública de maneira geral, eis que uma decisão de baixa qualidade em um processo pode gerar o efeito sistêmico de descrédito em relação à atuação do órgão controlador, afetando, de forma negativa, o interesse de agentes se relacionarem com a Administração Pública.

Em outras palavras, a desatenção na análise e fundamentação da decisão coloca as partes em estado de vulnerabilidade perante o julgador, que, em última análise, acaba por decidir de forma discricionária e de acordo com as suas preferências pessoais.

Outra observação que se pode fazer nesse sentido é a de que, por vezes, tentou-se demonstrar que o consequencialismo foi empregado, muito embora não

¹⁰¹ Se realmente estiver correta a hipótese aqui descrita de que, presente o *fumus boni iuris*, o TCU passa a presumir o *periculum in mora*, o deferimento de cautelares interventivas realmente tende a ser maior.

tenha sido, fato que fez o autor deste trabalho citar a expressão “consequenciachismo”.

E o uso dessa expressão se justifica na medida em que não se identificou nos acórdãos do TCU o exercício por parte dos julgadores da atividade de antecipação das possíveis consequências de cada alternativa decisória com base em elementos concretos, mecanismo essencial para a correta aplicação do consequencialismo. Não se exige dos julgadores um exercício de futurologia, mas sim de construir cenários previsíveis à luz dos elementos e indicativos do caso. O que não se pode admitir é que julgadores façam da análise das consequências espaço para o emprego e desenvolvimento de suas intuições e palpites.

O consequencialismo impõe às Cortes de Contas a adoção de postura pragmática no exercício de suas competências, porém não a qualquer custo e nem sob a justificativa de que a atuação do Tribunal é voltada para produzir o bem. Ou seja, ainda que admirável, nem mesmo a boa vontade do julgador pode se sobrepor à necessidade de se seguir, com maior rigor ou não, alguma metodologia para analisar as possíveis consequências da decisão.

Feitos esses comentários, registre-se que a conclusão a que o autor chegou de que o TCU não incorporou o consequencialismo na sua racionalidade decisória é, ainda, corroborada por uma pesquisa jurisprudencial adicional. Ao procurar “consequencialismo” no campo acórdão, com o filtro adicional de sessões de julgamento realizadas de 01.01.2015 até 28.10.2019, foram localizados apenas 3 acórdãos, o que mostra a pouca relevância dessa técnica argumentativa na jurisprudência da Corte, mesmo após a marcante inserção legislativa do artigo 20 na LINDB.

4. CONCLUSÃO

A máxima vigente no campo da física de que a toda ação corresponde uma reação poderia, sob a ótica jurídica, ser traduzida de forma a transmitir a ideia de que para toda decisão há um efeito prático subjacente, o qual, de igual maneira, não pode, ou não deveria, ser ignorado pelo tomador de decisão.

Cobrir os olhos para os impactos que a decisão produz não elimina a sua ocorrência. Ao contrário, potencializa a chance de resultados inesperados se concretizarem por não terem sido previamente considerados.

Por isso, antever os efeitos práticos que dada decisão pode promover serve a algumas finalidades, dentre elas a de propiciar que o pronunciamento a ser emitido seja informado quanto às suas consequências e a de permitir que se faça uma análise comparativa das alternativas decisórias disponíveis para, enfim, decidir por aquela que produza o melhor resultado de acordo com o objetivo pretendido pelo tomador de decisão.

Na perspectiva da atuação do TCU no controle de contratos administrativos, órgão ao qual incumbe zelar, destacadamente, pelo patrimônio público, qualquer esforço tendente a diminuir ou eliminar os efeitos negativos provocados à entidade pública contratante é, mais do que bem-vindo, necessário para que a missão constitucional que lhe compete seja bem executada.

É nesse contexto que a incorporação do consequencialismo à racionalidade decisória do órgão de controle ganha importância, eis que impõe ao tomador de decisão a consideração dos efeitos práticos que seus pronunciamentos podem promover para que, a partir daí, escolha o comando que produza, em maior medida, o resultado almejado a um menor custo.

Nesse sentido, os parâmetros de controle do TCU descritos na CRFB/88 - legalidade, legitimidade, economicidade – são, ao mesmo tempo que parâmetros, valores que devem ser perseguidos pelo Tribunal na sua atividade finalística. Quer-se

dizer, assim, que, da mesma forma que o controle exige do gestor público controlado uma atuação pautada pelo valor da eficiência, as suas decisões também a esse mesmo valor devem finalidade.

Em termos práticos, isso significa que determinadas práticas decisórias não são compatíveis com os valores que norteiam, ou deveriam nortear, as atividades dos órgãos de controle.

São exemplos de práticas incompatíveis com o zelo que se espera e se impõe ao órgão de controle no controle de contratos administrativos decisões mal fundamentadas e que, por esse ou outro motivo, não consigam demonstrar ou efetivamente não produzem o melhor resultado sob a ótica do bem jurídico a ser protegido por uma Corte de Contas.

Para combater esse tipo de prática, uma das respostas provenientes do Poder Legislativo foi a inclusão do artigo 20 na LINDB, o qual veda decisões fundamentadas exclusivamente em valores abstratos, impondo ao tomador de decisão que considere as consequências concretas da decisão, caso faça uso daqueles. Essa foi uma medida para elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público¹⁰², em linha, assim, com o propósito de exigir dos tomadores de decisões – atores com papéis relevantes na gestão pública – a busca pela promoção de valores caros à sociedade, tal como o da eficiência no trato com o patrimônio público.

A imposição de que o tomador de decisão, nestas circunstâncias, considere as consequências do seu pronunciamento desloca a fundamentação para o plano concreto, em especial por combater o uso (e abuso) de valores jurídicos abstratos para legitimar a argumentação empreendida.

¹⁰² Justificativa apresentada pelo Senador Antonio Anastasia quando da apresentação do PL do Senado Federal nº 349, de 2015, que resultou na promulgação da Lei nº 13.665/2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2919883&ts=1567532405227&disposition=inline>>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

A imposição de um ônus ao tomador de decisão similar ao que se exige do regulador¹⁰³ para que, caso se utilize de valores abstratos, considere as suas consequências práticas é, nesse sentido, uma forma de controle da atividade decisória voltada para coibir decisões mal fundamentadas e, por consequência, com traços de arbitrariedade.

No que se refere aos órgãos de controle, a explícita exigência legal¹⁰⁴ de que, nessas circunstâncias, as consequências sejam consideradas, coloca os tomadores de decisão na rota correta para emitirem decisões que levem em conta as peculiaridades do caso concreto e que provoquem resultados condizentes com o propósito de uma Corte de Contas.

Bem aplicado, o consequencialismo não se conforma com argumentos abstratos, palpites, suposições e achismos, pois o pressuposto de sua correta aplicação é que o tomador de decisão trate de elementos concretos do caso e que suas projeções estejam lastreadas em dados, informações e cenários fidedignos, os quais possam ser demonstrados e comprovados.

Não se pode ignorar que determinadas situações vão exigir do tomador de decisão conhecimento em área que não tenha afinidade para interpretar os dados apresentados e projetar os possíveis cenários futuros. A limitação do conhecimento é um desafio que invariavelmente se colocará na frente do julgador, o qual, entretanto, é superável mediante a realização de pesquisa, estudo e diálogo. A própria formação multidisciplinar dos membros do TCU propicia ganhos de conhecimento que podem contribuir para diminuir eventuais incertezas que surjam nos julgamentos, ainda que impossíveis de serem eliminadas integralmente.

¹⁰³ Conforme anotado neste trabalho, a análise de impacto regulatório pressupõe uma ampla reflexão sobre os efeitos práticos que a regulação pode promover.

¹⁰⁴ Como anteriormente descrito neste trabalho, os tomadores de decisões sempre puderam olhar para as consequências de seus pronunciamentos. São vários os exemplos que comprovam o uso de argumentos consequencialistas de longa data, valendo citar, nesse sentido, os pronunciamentos do STF quando se manifesta sobre modulação de efeitos de suas decisões. Entretanto, o acréscimo do artigo 20 da LINDB pode ser considerado um marco legislativo relevante na incorporação do consequencialismo no processo de tomada de decisão. Por esse motivo a referência a ele como uma exigência legal explícita.

O que não se pode admitir é que argumentos de cunho consequencialista padeçam de mesmo vício que justificou a sua difusão. Se o propósito de considerar as consequências é aproximar o tomador de decisão da realidade em torno do processo analisado, afastando-se, assim, de discussões vagas e desconexas com as circunstâncias concretas, deve se exigir do tomador de decisão que demonstre e comprove as previsões formuladas no momento de decidir. A vagueza e retórica não têm espaço na sua aplicação.

O consequencialismo, portanto, enxerga a generalidade como um mal intelectual a ser combatido e o faz propondo que cada caso tem a sua individualidade e que o tratamento a cada um deles deve ser personalizado.

Por essa razão, a pretexto de preservar o interesse público, por exemplo, o TCU pode, a depender das circunstâncias do caso, ordenar comando tendente a cessar a continuidade da execução de determinado contrato administrativo¹⁰⁵ ou, em sentido diametralmente oposto, comando que admita a continuidade do contrato. A imersão na avaliação prévia das consequências de cada uma dessas decisões é que direcionará o julgador para aquela que tenha maior aptidão para produzir o resultado almejado.

Por mais que não se possa apontar uma estrutura predefinida de uma argumentação consequencialista, é preciso que o responsável por decidir exponha a metodologia adotada, sobretudo o motivo pelo qual se escolheu uma decisão em detrimento de outra.¹⁰⁶ A correta compreensão do roteiro percorrido pelo julgador e dos critérios por ele adotados para priorizar determinada decisão são elementos necessários para avaliar a racionalidade empreendida e, ao que importa a este trabalho, verificar se a decisão teve como fundamento exclusivamente valores abstratos ou se considerou as respectivas consequências práticas. Essa análise é

¹⁰⁵ Ressalve-se aqui, mais uma vez, a duvidosa constitucionalidade de medida de tal natureza, considerando o rol exaustivo do artigo 71 da CRFB/88, em especial o seu parágrafo primeiro.

¹⁰⁶ Nesse ponto, cite-se os apontamentos feitos por Fernando Leal no que se refere à identificação do critério de valoração na condução da análise de impacto regulatório no artigo “Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais?”, disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6278/pdf>>. Acesso em 12 de janeiro de 2020.

fundamental para avaliar, por fim, a aptidão do TCU em proferir decisões que minimizem as perdas da entidade pública na maior medida possível.

Nesse contexto, a pesquisa jurisprudencial descrita neste trabalho buscou verificar se o TCU, no âmbito do controle promovido sobre contratos administrativos, considera ou não as consequências de suas decisões. A conclusão a que se chegou é que, com pontuais exceções, a referida Corte de Contas ainda está distante de incorporar argumentos de cunho consequencialista na sua racionalidade decisória.¹⁰⁷ De um modo geral, os membros do TCU fundamentam suas decisões em valores ou expressões genéricas, sem que, paralelamente, as suas consequências sejam consideradas para dar concretude à argumentação deduzida.

Esse quadro indica possível deficiência (ainda que não intencional) do TCU em cumprir com fidelidade aquilo que a CRFB/88 lhe impõe, notadamente o zelo pelo patrimônio público.

E isso se dá porque, para atingir esse objetivo, as decisões tomadas em controle de contratos administrativos devem minimizar na maior medida possível o prejuízo apurado para a entidade pública contratante. Entretanto, isso só se torna factível se as consequências de cada alternativa decisória forem consideradas. Ou seja, várias podem ser as alternativas decisórias que zelam pelo patrimônio público, porém a seleção daquela que, no caso concreto, seja a mais efetiva para resguardá-lo depende da comparação dos efeitos práticos de cada uma delas. Ausente a consideração das consequências, ausente estará a possibilidade de afirmar que o comando decisório expedido é o que melhor resguarda o patrimônio público na hipótese concreta.

O reiterado uso pelo TCU de expressões como “interesse público” e “perigo na demora” desacompanhadas de um diálogo circunstancial com as peculiaridades de cada caso demonstra a pouca proximidade da Corte com o consequencialismo. Atalhos argumentativos, consistentes no uso de expressões genéricas e despidas de conteúdo determinado, são exatamente o inimigo do que o consequencialismo prega

¹⁰⁷ A conclusão se limita à data final da pesquisa jurisprudencial realizada no âmbito do TCU, que se deu em 28.10.2019.

e, ao mesmo tempo, indício de fragilidade da fundamentação e, reflexamente, da própria decisão em atingir a finalidade almejada.

A pesquisa revelou, ainda, uma propensão do TCU em intervir cautelarmente nos contratos administrativos, o que, supõe-se, pode ser encarado como um efeito direto do uso de valores abstratos para justificar suas decisões. Verifica-se que o Tribunal simplifica a análise dos pressupostos para a concessão de pedido cautelar, isto é, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, em especial quando parte do equivocado pressuposto de que a presença daquele seria suficiente para concluir pela presença deste último, quando a verificação de cada um destes é independente, justamente por exigir análise de natureza distinta.

A ausência de debate em torno do *periculum in mora* causa prejuízos graves à cognição do julgador para a decisão do pedido cautelar e, paralelamente, sonega a possibilidade de se discutir os efeitos da decisão, na medida em que, ao discutir este requisito, tratar-se-á, para um lado ou para outro, de consequência. É inerente ao *periculum in mora* a análise das implicações práticas decorrentes da decisão, seja pelo deferimento ou, do mesmo modo, pelo indeferimento.¹⁰⁸

Sendo o pedido cautelar examinado em momento que o tomador de decisão não desfruta de mesmo nível de informação que dispõe após o fim da instrução probatória, o que importaria, a rigor, uma carga argumentativa maior à decisão que opte por interferir no regular curso do contrato, uma das hipóteses que se levanta é que os sedutores atalhos argumentativos de que se tratou são a forma pela qual o Tribunal se utiliza para intervir nos contratos administrativos.

Sob essa perspectiva, é de se presumir que levar em conta as consequências da decisão pode até mesmo alterar a tendência interventiva do TCU no controle de contratos administrativos, na medida em que submeteria os tomadores de decisão à realidade totalmente distinta da que encaram quando não as consideram.

¹⁰⁸ Ou seja, ainda que a positivação explícita do consequencialismo tenha sido veiculada pelo artigo 20 da LINDB, a análise em torno do *periculum in mora* como requisito para a concessão de medida cautelar, pelas suas características, é também fundamento legal para a adoção do consequencialismo na atividade decisória.

As portas que se abrem aos tomadores de decisão quando, ao julgar os processos, antecipam os possíveis efeitos práticos provenientes de seus pronunciamentos não podem, entretanto, serem utilizadas para que decisões com conteúdo que extrapolem os limites da competência do Tribunal sejam proferidas a pretexto de gerar as melhores consequências práticas.

A consideração das consequências não pode ser tratada como uma forma de legitimar decisões em descompasso com o ordenamento jurídico vigente, mas sim como mecanismo para, dentro dos limites legais, auxiliar o tomador de decisão a escolher o comando que atinja, de forma mais eficaz, a finalidade almejada.

Abandonar atalhos que propiciam o (insuficiente) encurtamento da argumentação desenvolvida exige do julgador, é verdade, o emprego de esforço e tempo adicionais para analisar todos os elementos do caso e, com base neles, prever os possíveis resultados de cada uma das alternativas decisórias.

A recompensa vem com a produção de decisões conectadas com a realidade e que possuam menor risco de gerar efeitos adversos ou diversos do almejado, se comparado com o cenário em que o julgador deixa de tratar das consequências da decisão e usa como fundamento exclusivo delas valores abstratos, tal como o interesse público.

Sob a ótica da preservação do patrimônio público, o uso do consequentialismo pelo órgão de controle tem, assim, um preço, consistente no esforço em antever com base nas informações disponíveis os possíveis efeitos das alternativas decisórias, e um prêmio, representado por decisões que efetivamente reduzam as perdas para o ente público.¹⁰⁹

É interessante notar, a propósito, que a aplicação da noção de mitigar as perdas vem, cada vez mais, sendo aplicada e difundida no âmbito da Administração Pública, destacando-se, inclusive, a sua previsão como elemento definidor da amplitude de

¹⁰⁹ Repita-se que isso ocorre na medida em que todos os cenários possíveis serão previstos pelo julgador no momento de decidir.

pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo.¹¹⁰

De igual modo, caminha nessa direção leis de diretrizes orçamentárias¹¹¹ que possibilitam a continuidade de contratos nos quais forem identificados indícios de irregularidades graves. Essa autorização legal para que contratos suspeitos tenham continuidade tem origem numa visão consequencialista que propõe a reflexão em torno do custo e benefício de paralisar a execução contratual, mesmo em casos de irregularidades graves.

Nessa linha, pode-se dizer que o desprezo para com as consequências da decisão significa, em igual medida, o desprezo com a incumbência constitucional conferida ao órgão de controle para zelar pelo patrimônio público.

Assim como se exige do gestor público responsabilidade na condução de suas atividades, mesma exigência deve ser direcionada ao TCU, o qual é titular de competências relevantes e definidoras para a gestão pública e para a atuação dos agentes públicos, inclusive para os entes subnacionais, que muitas vezes pautam suas práticas administrativas com base no entendimento daquela Corte de Contas.

E isso passa pela definitiva e sistemática incorporação do consequencialismo na racionalidade decisória do TCU, pois o rigor do controle público exercido pela Corte de Contas não é mais, se é que já foi um dia, compatível com decisões genéricas e até mesmo despreocupadas com os efeitos práticos dela decorrentes.

¹¹⁰ Cláusula 49.8 do Contrato de Concessão nº 003/2018 cujo objeto é a concessão das linhas 5 e 17 do Estado de São Paulo: “Se ficar caracterizado que os impactos dos eventos motivadores do pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro poderiam ter sido mitigados ou minorados por medidas ao alcance da CONCESSIONÁRIA, ou mediante esforço razoavelmente exigível da CONCESSIONÁRIA, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro será calculada levando em consideração apenas o valor do desequilíbrio que persistiria, mesmo na hipótese de atuação diligente da CONCESSIONÁRIA.”. Contrato disponível em: <<http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/109>>. Acesso em 23 de janeiro de 2020.

¹¹¹ Art. 122, §2º, da Lei nº 13.898/2019: “A deliberação da Comissão Mista a que se refere o § 1º do art. 166 da Constituição que resulte na continuidade da execução de empreendimentos, contratos, convênios, etapas, parcelas ou subtrechos relativos a subtítulos nos quais forem identificados indícios de irregularidades graves com recomendação de paralisação ainda não sanados dependerá da avaliação das informações recebidas na forma do disposto no § 2º do art. 119 e de prévia realização da audiência pública prevista no caput, quando deverão ser avaliados os prejuízos potenciais da paralisação para a administração pública e a sociedade.”.

BIBLIOGRAFIA

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.

ARGUELHES, Diego Werneck. **Argumentos consequencialistas e Estado de direito: subsídios para uma compatibilização**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Direito e Decisão Racional – Temas de teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan.-mar. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O papel dos Tribunais de Contas no controle dos contratos administrativos**. Interesse Público. Belo Horizonte, v. 15, n. 82, novembro/dezembro 2013. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/10/O-papel-dos-Tribunais-de-Contas-no-controle-dos-contratos-administrativos.pdf>>. Acesso em 6 de abril de 2020.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Controle das Licitações pelo Tribunal de Contas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 239, p. 95-110, jan.-mar. 2005.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos**. Casos e polêmicas. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GARCIA, Flávio Amaral. **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.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HART, Hebert. L. A.. **O conceito de direito**. Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *In: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)*. Edição especial. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 2018.

LEAL, Fernando. **Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno**. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018>>. Acesso em 5 de maio de 2020.

LEAL, Fernando. **Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais?**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 9, n. 3 p. 312-348, 2019.

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 Getulio Vargas, 2016.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes (coord.). **Tribunal de Contas do século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

LIMA, Luiz Henrique. Atuação do Tribunal de Contas da União no Controle Externo da Gestão Ambiental. *In: MOURA, Adriana Maria Magalhães de (org.). Governança Ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas*. Brasília: Ipea, 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.

MACIEL, Moises. **Tribunais de Contas e o direito fundamental ao bom governo.** Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *et al.* **Respostas aos Comentários Tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017.** Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-aoPL-7.448-17.pdf>>. Acesso em 25 de novembro de 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *et al.* **Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União.** Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1741217/mod_resource/content/1/floriano%20de%20azevedo%20marques%20neto%3B%20juliana%20bonacorsi%20de%20palma%3B%20danielo%20rehem%3B%20nara%20merlotto%2C%20yasser%20gabriel%20-%20reputa%C3%A7%C3%A3o%20institucional%20....pdf>. Acesso em 3 de dezembro de 2019.

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

MENDES, Conrado Hübner. **Jurisprudência Impressionista.** Disponível em: <<https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>>. Acesso em 3 de maio de 2020.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Em defesa do consequenciachismo.** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>>. Acesso em 3 de maio de 2020.

MENDONÇA, José Vicente Santos de, ALMEIDA FILHO, Jorge Celso Fleming de. *In*: CARRILHO, Leonardo; FRÓES OLIVEIRA, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (org.). **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. Rio de Janeiro: Editora APERJ, 2015, 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.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as Pesquisas Acadêmicas**. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>. Acesso em 20 de janeiro de 2020.

PARGENDLER, Mariana, SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan.-abr. 2013.

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.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: teoria social e política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

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 Janjácomo. **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.

SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho Arruda. **Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas**. Revista Direito GV, São Paulo, vol. 13, nº 13, p. 866-890, set.-dez. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari, SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. *In*: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática**. Senado Federal: Brasília, 2015. p.13.

APÊNDICE A – Planilha com os julgados analisados do TCU

Título	Data	Relator	Destaques	Momento da decisão
ACÓRDÃO 11475/2019 ATA 36/2019 - PRIMEIRA CÂMARA	08/10/2019	VITAL DO RÊGO	Sem repercussão para a pesquisa.	Não aplicável (N/A).
ACÓRDÃO 2289/2019 ATA 37/2019 - PLENÁRIO	25/09/2019	RAIMUND O CARREIRO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2275/2019 ATA 37/2019 - PLENÁRIO	25/09/2019	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2237/2019 ATA 36/2019 - PLENÁRIO	18/09/2019	AUGUSTO NARDES	Cautelar deferida para alterar a base de incidência do percentual de revisão tarifária adotado pela ANTT. Argumento da ANTT em recurso: "Aduz que o periculum in mora não estaria caracterizado em razão da possibilidade de restituição aos usuários dos valores porventura cobrados a maior mediante futuro desconto no valor da tarifa básica de pedágio (peça 54, p. 5-7). Alega que quanto maior o tempo de vigência da cautelar, impedindo que seja feito o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, maiores serão os efeitos e o impacto desse reequilíbrio (peça 54, p. 5-7)... Argumenta que diante do impedimento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a concessionária poderá alegar o descumprimento do contrato, não atendendo aos parâmetros de desempenho até chegar ao ponto da inviabilidade, por exemplo, da aplicação dos descontos de reequilíbrio previsto (peça 54, p. 13)". Trecho da decisão: Nesse sentido, não vislumbro perigo da demora reverso, inclusive em face da alegação de que um tempo maior de vigência da cautelar adotada pelo Tribunal, que impediria a recomposição perante a concessionária dos custos adicionais de manutenção em face das implicações da Lei dos Caminhoneiros e, por conseguinte, implicaria em desgaste maior no pavimento em razão da sobrecarga imposta por essa lei, afetaria o cumprimento dos parâmetros de desempenho previstos no contrato de concessão e impactaria na arrecadação de pedágio. (...) Por fim, no aditamento ao recurso inicial (peça 69) , a concessionária também relata dificuldades que estariam impactando a execução do respectivo contrato de concessão, parte agravada pela crise econômica nacional que teria assolado o país após a celebração dos contratos de concessão da 3ª etapa, com o intuito de demonstrar a inadequação da decisão cautelar deste Tribunal e a gravidade das consequências da manutenção dessa decisão (...)	Decisão proferida com o contrato em execução.

ACÓRDÃO 2234/2019 ATA 36/2019 - PLENÁRIO	18/09/2019	AUGUSTO NARDES	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 8844/2019 ATA 32/2019 - PRIMEIRA CÂMARA	10/09/2019	WALTON ALENCAR RODRIGU ES	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 8204/2019 ATA 32/2019 - SEGUNDA CÂMARA	10/09/2019	ANDRÉ DE CARVALH O	(...) além de vislumbrar o perigo na demora reverso, ante a informação de o preço da atual contratação estar em patamar superior ao alcançado no aludido certame (R\$ 950.000,00) , assinalando que, ao término da licitação ora em andamento, o subsequente contrato tenderia a resultar na economia de R\$ 130.312,03 por ano, pois ele englobaria os contratos atuais para a manutenção da sala-cofre e do sistema de energia essencial, não podendo mais ser prorrogados.(...) Todavia, diante do atual estágio avançado da aludida contratação e da suposta economicidade em relação aos atuais contratos de manutenção, o TCU não deve determinar a imediata sustação da aludida licitação, mas determinar que o FNDE se abstenha de prorrogar o subsequente contrato público, promovendo o lançamento da nova licitação sem a introdução de cláusula tendente a resultar na indevida restrição à competitividade no certame e à busca da proposta mais vantajosa, e, para tanto, não se faria necessária a prévia oitiva da Aceco, até porque ela não teria o eventual direito subjetivo à subsequente prorrogação do aludido contrato público.	Decisão proferida no curso do procedimento licitatório.
ACÓRDÃO 8811/2019 ATA 31/2019 - PRIMEIRA CÂMARA	03/09/2019	BRUNO DANTAS	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1688/2019 ATA 27/2019 - PLENÁRIO	24/07/2019	BENJAMIN ZYMLER	Trecho do acórdão importante para reverter a cautelar: "Considerando as informações trazidas nestes autos relacionadas à demanda do município de Picos/PI quanto aos serviços de reabilitação, conclui-se que a manutenção da suspensão dos repasses, sob a modalidade custeio, poderá ocasionar grave dano irreparável à população-alvo da política pública em questão."	Decisão proferida com o contrato em execução.
ACÓRDÃO 1655/2019 ATA 26/2019 - PLENÁRIO	17/07/2019	WALTON ALENCAR RODRIGU ES	Cautelar deferida para suspender a concorrência pública e, após, a representação fora julgada improcedente com revogação da cautelar.	Decisão proferida no curso do procedimento licitatório.
ACÓRDÃO 1627/2019 ATA 25/2019 - PLENÁRIO	10/07/2019	AUGUSTO SHERMAN	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.

ACÓRDÃO 1602/2019 ATA 25/2019 - PLENÁRIO	10/07/2019	RAIMUND O CARREIRO	Pregão originário suspenso e, após o seu cancelamento pela Administração Pública, novo pregão foi lançado com o mesmo objeto, porém mantendo uma restrição do edital questionada pelo TCU. Muito embora a situação fosse a mesma, dessa vez a cautelar foi indeferida. Trecho do acórdão: "levando em conta a natureza do objeto do certame, entendo que assiste razão à Unidade Técnica quando defende a existência de periculum in mora reverso, pois uma eventual paralisação na gestão do fornecimento de combustíveis e na manutenção preventiva e corretiva para a frota de veículos oficiais poderia causar transtornos incontornáveis para a Ufes."	Decisão proferida no curso do procedimento licitatório.
ACÓRDÃO 1090/2019 ATA 16/2019 - PLENÁRIO	15/05/2019	RAIMUND O CARREIRO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 930/2019 ATA 13/2019 - PLENÁRIO	24/04/2019	BENJAMIN ZYMILER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 910/2019 ATA 12/2019 - PLENÁRIO	16/04/2019	RAIMUND O CARREIRO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2472/2019 ATA 10/2019 - SEGUNDA CÂMARA	09/04/2019	ANDRÉ DE CARVALH O	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 721/2019 ATA 9/2019 - PLENÁRIO	27/03/2019	ANDRÉ DE CARVALH O	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 684/2019 ATA 9/2019 - PLENÁRIO	27/03/2019	AROLD CEDRAZ	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 432/2019 ATA 6/2019 - PLENÁRIO	27/02/2019	RAIMUND O CARREIRO	Processo originário já descrito na linha 13.	N/A.
ACÓRDÃO 365/2019 ATA 5/2019 - PLENÁRIO	20/02/2019	ANDRÉ DE CARVALH O	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 364/2019 ATA 5/2019 - PLENÁRIO	20/02/2019	ANDRÉ DE CARVALH O	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.

ACÓRDÃO 26/2019 ATA 1/2019 - PLENÁRIO	23/01/2019	AUGUSTO NARDES	"Relator endereçou cautelar ao Ministério da Saúde determinando que aquela Pasta se abstinhasse de firmar ou executar qualquer contrato em decorrência da Ata de Registro de Preços 108/2018. (...) Após aduzir ser tempestivo o agravo manejado, o Ministério da Saúde afirmou a legalidade da aquisição objeto do pregão questionado e o risco de desabastecimento do medicamento imunoglobulina humana caso a cautelar exarada seja mantida. Ao contrário, assinalou que risco de dano decorre é da execução da medida cautelar deferida, ao contrário do que consignou a decisão agravada em seu parágrafo 23 (não se vislumbrar o periculum in mora reverso, dado que o cronograma estimativo de execução da Ata de Registro de Preços 108/2018 prevê o prazo de até 120 dias da sua assinatura para a entrega do primeiro lote do medicamento - 25% do quantitativo total -, não configurando, pois, risco imediato de desabastecimento). 145. De se registrar que a proposta de cautelar de peça 13, quanto ao periculum in mora, baseou-se no fato de que eventuais contratos decorrentes da ata de registro de preços poderiam ser firmados a qualquer momento, e – levada a cabo a cautelar determinando a abstenção de assinatura de contrato ou a sua execução, se já assinado - haveria tempo hábil para que o Ministério da Saúde adotasse providências com o fim de contratar outras interessadas, pois o prazo para a entrega da primeira parcela restara fixado em 120 dias da assinatura do contrato, no que foi considerado ausência de periculum in mora ao reverso, traduzido em possível desabastecimento do medicamento e consequente desassistência aos dependentes do fármaco. 152. Como não há tempo hábil para trazer informações atualizadas nesta fase processual, de modo a auxiliar a firmar a convicção, amparado nas informações trazidas pelos agravantes, reputa-se caracterizado o perigo da demora reverso, sem prejuízo de que o Ministério da Saúde seja diligenciado para que apresente informações atualizadas que serão consideradas no mérito desta representação. (...) 12. De fato, apesar de continuarem presentes os pressupostos do fumus boni iuris e do periculum in mora que balizaram a decisão cautelar por mim prolatada em 4/12/2018, entendendo presente, neste momento, o periculum in mora reverso, expresso principalmente na possibilidade de desabastecimento do medicamento imunoglobulina humana 5g no âmbito do SUS. (...) Diante dessas considerações, entendo pela revogação da cautelar exarada no despacho de peça 16, referendada pelo Acórdão 2.875/2018-TCU-Plenário, de forma a autorizar, excepcionalmente, se for o caso, a execução do contrato decorrente da Ata de Registro de Preços 108/2018, sem prejuízo de determinar ao Ministério da Saúde que encaminhe ao Tribunal (SecexSaúde) justificativa para a decisão que vier a adotar quanto à aquisição do medicamento imunoglobulina, a qual deverá avaliar (tanto do ponto jurídico como econômico) ao menos as seguintes questões / alternativas (de forma isolada ou em conjunto) em contraste com a aquisição decorrente da licitação em discussão..	Decisão proferida com o contrato em execução.
ACÓRDÃO 10870/2018 ATA 41/2018 - SEGUNDA CÂMARA	06/11/2018	ANA ARRAES	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2450/2018 ATA 42/2018 - PLENÁRIO	24/10/2018	AROLDO CEDRAZ	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2142/2018 ATA 35/2018 - PLENÁRIO	12/09/2018	ANA ARRAES	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2140/2018 ATA 35/2018 - PLENÁRIO	12/09/2018	AROLDO CEDRAZ	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.

ACÓRDÃO 2010/2018 ATA 33/2018 - PLENÁRIO	29/08/2018	BRUNO DANTAS	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1824/2018 ATA 30/2018 - PLENÁRIO	08/08/2018	WALTON ALENCAR RODRIGU ES	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 8600/2018 ATA 27/2018 - PRIMEIRA CÂMARA	07/08/2018	VITAL DO RÊGO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1672/2018 ATA 28/2018 - PLENÁRIO	25/07/2018	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 5323/2018 ATA 23/2018 - SEGUNDA CÂMARA	03/07/2018	ANDRÉ DE CARVALH O	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 6337/2018 ATA 21/2018 - PRIMEIRA CÂMARA	26/06/2018	BRUNO DANTAS	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 4835/2018 ATA 21/2018 - SEGUNDA CÂMARA	19/06/2018	ANDRÉ DE CARVALH O	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1118/2018 ATA 17/2018 - PLENÁRIO	16/05/2018	ANDRÉ DE CARVALH O	40. Considerando as novas informações apresentadas pelo Sesi, principalmente o fato de o contrato decorrente do Pregão 13/2017 ter sido assinado em 21/2/2018 e a necessidade de adequação até janeiro/2019 dos seus sistemas para atendimento do eSocial quanto à SST pelas empresas industriais que contratam seus serviços, entende-se presente o perigo da demora ao reverso. A continuidade da medida cautelar anteriormente adotada pode trazer prejuízos à recorrente e às suas contratantes, assistindo razão à recorrente.	Decisão proferida com o contrato em execução.
ACÓRDÃO 1107/2018 ATA 17/2018 - PLENÁRIO	16/05/2018	JOSÉ MUCIO MONTEIR O	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.

ACÓRDÃO 3773/2018 ATA 16/2018 - SEGUNDA CÂMARA	15/05/2018	ANDRÉ DE CARVALH O	“40.2. Considerando que o interesse público deve ser preservado e que a atuação do Poder Público não pode causar dano maior do aquele que deseja combater, resta sopesar o que seria mais danoso para administração, anular a licitação e respectivo contrato ou convalidar o ato mesmo com os problemas constatados na condução do certame.(...)A análise da resposta às referidas oitivas teria reforçado a fumaça do bom direito, em face da prematura desclassificação da ora representante no certame, mas, para além da ausência do perigo na demora, diante da ausência do iminente dano ao erário, a unidade técnica destacou a subsistência do perigo na demora reverso, em face do risco de pronta interrupção dos aludidos serviços nas correspondentes unidades do INSS, com o subsequente impacto negativo sobre o atendimento ao público.	Decisão proferida com o contrato em execução.
ACÓRDÃO 842/2018 ATA 8/2018 - PLENÁRIO	18/04/2018	ANDRÉ DE CARVALH O	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 686/2018 ATA 10/2018 - PLENÁRIO	28/03/2018	AUGUSTO SHERMAN	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1889/2018 ATA 9/2018 - SEGUNDA CÂMARA	27/03/2018	AUGUSTO NARDES	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 609/2018 ATA 9/2018 - PLENÁRIO	21/03/2018	ANA ARRAES	'[...] 4. Está afastado o pressuposto do perigo da demora reverso uma vez que o contrato está sendo executado e não há informações de problemas quanto a este no momento. Ademais, a contratação é recente, o que, todavia, não impede que esta unidade técnica prossiga com as apurações que considere necessárias.	Decisão proferida com o contrato em execução.
ACÓRDÃO 2157/2018 ATA 8/2018 - PRIMEIRA CÂMARA	20/03/2018	BRUNO DANTAS	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 397/2018 ATA 6/2018 - PLENÁRIO	28/02/2018	ANDRÉ DE CARVALH O	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 175/2018 ATA 3/2018 - PLENÁRIO	31/01/2018	AROLD CEDRAZ	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 540/2018 ATA 2/2018 - PRIMEIRA CÂMARA	30/01/2018	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.

ACÓRDÃO 535/2018 ATA 2/2018 - PRIMEIRA CÂMARA	30/01/2018	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 27/2018 ATA 1/2018 - PLENÁRIO	17/01/2018	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 10346/2017 ATA 45/2017 - SEGUNDA CÂMARA	06/12/2017	ANA ARRAES	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2790/2017 ATA 50/2017 - PLENÁRIO	06/12/2017	AUGUSTO SHERMAN	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 9678/2017 ATA 42/2017 - SEGUNDA CÂMARA	14/11/2017	ANA ARRAES	Trata-se determinar ao Hospital que se abstenha de prorrogar o contrato com a Cook com base na Cláusula Segunda do contrato firmado com a referida empresa no transcurso do próximo aniversário contratual, devendo a mesma entidade hospitalar universitária providenciar a imediata realização de novo procedimento licitatório com vistas à contratação de nova empresa, para realização dos mesmos serviços.	Decisão proferida com o contrato em execução.
ACÓRDÃO 2207/2017 ATA 40/2017 - PLENÁRIO	04/10/2017	VITAL DO RÊGO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 8581/2017 ATA 34/2017 - SEGUNDA CÂMARA	19/09/2017	AUGUSTO SHERMAN	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2007/2017 ATA 36/2017 - PLENÁRIO	13/09/2017	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2000/2017 ATA 36/2017 - PLENÁRIO	13/09/2017	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1978/2017 ATA 35/2017 - PLENÁRIO	06/09/2017	AUGUSTO SHERMAN	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1956/2017 ATA 35/2017 - PLENÁRIO	06/09/2017	AUGUSTO SHERMAN	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 7255/2017 ATA 29/2017 - SEGUNDA CÂMARA	15/08/2017	JOSÉ MUCIO MONTEIR O	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1700/2017 ATA 30/2017 - PLENÁRIO	09/08/2017	AROLDO CEDRAZ	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.

ACÓRDÃO 5125/2017 ATA 23/2017 - PRIMEIRA CÂMARA	04/07/2017	AUGUSTO SHERMAN	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1127/2017 ATA 19/2017 - PLENÁRIO	31/05/2017	JOSÉ MUCIO MONTEIR O	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1083/2017 ATA 18/2017 - PLENÁRIO	24/05/2017	ANDRÉ DE CARVALH O	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1079/2017 ATA 18/2017 - PLENÁRIO	24/05/2017	MARCOS BEMQUER ER	14. Por oportuno, resalto que não há que se falar em periculum in mora reverso no caso concreto que ora se analisa, tendo em vista que as obras em tela ainda estão em fase inicial de execução, em que estão sendo implementadas etapas preliminares, não havendo potenciais prejuízos com paralização de serviços que justifiquem a continuidade de um contrato com graves indícios de antieconomicidade.	Decisão proferida com o contrato em execução.
ACÓRDÃO 845/2017 ATA 15/2017 - PLENÁRIO	03/05/2017	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 637/2017 ATA 11/2017 - PLENÁRIO	05/04/2017	AROLDO CEDRAZ	I - cautelarmente, nos termos do art. 276, caput, à Prefeitura Municipal de Barra de São Miguel/PB (CNPJ 08.701.708/0001-81) que se abstenha imediatamente de utilizar recursos federais para a execução do Contrato 28/2016 celebrado com a empresa RTS Construções e Serviços Ltda. (CNPJ 12.209.627/0001-36), em decorrência da Concorrência Pública 001/2016, até que esta Corte se pronuncie sobre o mérito da presente representação; (...) "Por sua vez não se cogita em periculum in mora reverso uma vez que, nos termos da Portaria-Segecex 12/2016, se adotada a medida cautelar não causará dano irreparável ao patrimônio público, à Administração nem ao funcionamento dos serviços públicos, bem como não acarretará qualquer prejuízo (...)	Decisão proferida com o contrato em execução.
ACÓRDÃO 632/2017 ATA 11/2017 - PLENÁRIO	05/04/2017	VITAL DO RÊGO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 3086/2017 ATA 10/2017 - SEGUNDA CÂMARA	04/04/2017	ANDRÉ DE CARVALH O	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2862/2017 ATA 9/2017 - SEGUNDA CÂMARA	28/03/2017	VITAL DO RÊGO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.

ACÓRDÃO 488/2017 ATA 9/2017 - PLENÁRIO	22/03/2017	AUGUSTO SHERMAN	9.2. adotar medida cautelar com base no art. 276, caput, do RI/TCU, determinando ao Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região que suspenda os procedimentos de contratação por inexigibilidade de licitação de que trata o Processo Administrativo – PROAD 10752/2016, incluindo todos os atos deles decorrentes, o que inclui a execução do contrato celebrado no dia 21.12.2016, entre o TRT5 e a Topocart Topografia e Arquitetura S/S Ltda., até que o Tribunal delibere sobre o mérito das questões levantadas nesta representação; (...) As obras, de centenas de milhões de reais, possuem alinhados recursos suficientes, desde que sua execução ocorra até 2019, de forma que me parece, a paralisação cautelar, com base em mera verossimilhança das alegações consignadas na peça instrutiva, pode vir a traduzir-se em reflexos negativos, caso se conclua, futuramente, pela regularidade do procedimento, tal como aventado pelo recorrente.	Decisão proferida com o contrato em execução.
ACÓRDÃO 2019/2017 ATA 5/2017 - SEGUNDA CÂMARA	21/02/2017	VITAL DO RÊGO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2018/2017 ATA 5/2017 - SEGUNDA CÂMARA	21/02/2017	VITAL DO RÊGO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2014/2017 ATA 5/2017 - SEGUNDA CÂMARA	21/02/2017	VITAL DO RÊGO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 211/2017 ATA 5/2017 - PLENÁRIO	15/02/2017	WALTON ALENCAR RODRIGU ES	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 210/2017 ATA 5/2017 - PLENÁRIO	15/02/2017	WALTON ALENCAR RODRIGU ES	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.

ACÓRDÃO 3172/2016 ATA 50/2016 - PLENÁRIO	07/12/2016	AUGUSTO SHERMAN	7. Em instrução e pareceres concluídos em 11/12/2014, a Secex/ES propôs a adoção de medida cautelar, sem prévia oitiva das partes, com vistas a determinar, com fundamento no art. 276 do RI/TCU, que a direção regional do Sesi no Estado do Espírito Santo se absteresse de efetuar quaisquer despesas na execução do contrato celebrado, tendo por objeto as obras de reforma e ampliação do edifício, incluindo a construção de um restaurante giratório com piano bar no último andar, até ulterior deliberação deste Tribunal. 8. Como fundamentos à adoção da cautelar, sustentou a secretaria que a concepção do empreendimento e seu custeio pelo Serviço Social da Indústria seria irregularidade flagrante, pois seriam absolutamente alheios à elevada função institucional desempenhada por aquela entidade, sendo que o agravamento dos efeitos danosos ao seu patrimônio ainda poderia ser evitado, em certo grau, mediante a ação imediata desta Corte de Contas, no exercício do poder geral de cautela, de forma a evitar novos aportes de recursos a essa obra. 9. Todavia, em despacho que proferi nos autos, ressaltei que, em razão das falhas nas estruturas, indicadas nos relatórios que integravam os autos, até aquele momento, havia indicativo de perigo reverso na adoção da medida, cerca de quatro anos após o início das obras, uma vez que havia risco de desestabilização das estruturas construídas, de forma que entendi não ser cabível, até aquele momento, a paralisação do fluxo de recursos financeiros, em que pese as irregularidades graves.”12. Em visita in loco às instalações até então concluídas, a equipe de auditores deste Tribunal pode constatar que, ao contrário do que receava este Relator, não havia risco para a construção acaso cessados os aportes de recursos pelas entidades do “Sistema S” envolvidas, haja vista que a obra já se encontrava paralisada pela rescisão do contrato até então celebrado no exercício anterior (em época contemporânea à conclusão do relatório da CGU), após a adoção das medidas mitigadoras de segurança para a fase construtiva.	Decisão proferida com o contrato em execução.
ACÓRDÃO 3098/2016 ATA 49/2016 - PLENÁRIO	30/11/2016	RAIMUND O CARREIRO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 3096/2016 ATA 49/2016 - PLENÁRIO	30/11/2016	WEDER DE OLIVEIRA	“Quanto à proposta de medida cautelar, não estão presentes os requisitos regimentais para sua concessão, por considerar que, como não foi demonstrado o impacto que a sustação da execução do contrato 4500083642 pode ter no andamento global do empreendimento, há risco reverso de paralisação das obras da linha de transmissão, cujos interesse público ficou evidenciado no primeiro bloco deste despacho.”	Decisão proferida com o contrato em execução.
ACÓRDÃO 12800/2016 ATA 41/2016 - SEGUNDA CÂMARA	22/11/2016	RAIMUND O CARREIRO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 6856/2016 ATA 40/2016 - PRIMEIRA CÂMARA	16/11/2016	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.

ACÓRDÃO 2911/2016 ATA 47/2016 - PLENÁRIO	16/11/2016	VITAL DO RÊGO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 11922/2016 ATA 39/2016 - SEGUNDA CÂMARA	08/11/2016	ANA ARRAES	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2809/2016 ATA 35/2016 - PLENÁRIO	01/11/2016	WALTON ALENCAR RODRIGU ES	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2677/2016 ATA 41/2016 - PLENÁRIO	19/10/2016	ANA ARRAES	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2451/2016 ATA 36/2016 - PLENÁRIO	21/09/2016	AUGUSTO SHERMAN	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2186/2016 ATA 33/2016 - PLENÁRIO	24/08/2016	BRUNO DANTAS	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2130/2016 ATA 32/2016 - PLENÁRIO	17/08/2016	MARCOS BEMQUER ER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 5362/2016 ATA 29/2016 - PRIMEIRA CÂMARA	16/08/2016	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1932/2016 ATA 29/2016 - PLENÁRIO	27/07/2016	VITAL DO RÊGO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1925/2016 ATA 29/2016 - PLENÁRIO	27/07/2016	MARCOS BEMQUER ER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1924/2016 ATA 29/2016 - PLENÁRIO	27/07/2016	VITAL DO RÊGO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 4790/2016 ATA 25/2016 - PRIMEIRA CÂMARA	19/07/2016	BRUNO DANTAS	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1840/2016 ATA 22/2016 - PLENÁRIO	13/07/2016	AUGUSTO SHERMAN	A cautelar foi indeferida por estar ausente o periculum in mora, eis que o contrato já havia sido celebrado e o serviço já havia sido integralmente prestado.	Decisão proferida com o contrato já executado integralmente.
ACÓRDÃO 1745/2016 ATA 26/2016 - PLENÁRIO	06/07/2016	VITAL DO RÊGO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1737/2016 ATA 26/2016 - PLENÁRIO	06/07/2016	JOSÉ MUCIO MONTEIR O	A cautelar foi indeferida por estar ausente o periculum in mora, eis que o contrato já havia sido celebrado e a prestação do serviço já estava em curso.	Decisão proferida com o contrato em execução.

ACÓRDÃO 1531/2016 ATA 23/2016 - PLENÁRIO	15/06/2016	BRUNO DANTAS	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1482/2016 ATA 21/2016 - PLENÁRIO	08/06/2016	MARCOS BEMQUER ER	Trecho do acórdão: "14. Por oportuno, ressalto que não há que se falar em periculum in mora reverso no caso concreto que ora se analisa, tendo em vista que as obras em tela ainda estão em fase inicial de execução, em que estão sendo implementadas etapas preliminares, não havendo potenciais prejuízos com paralização (sic) de serviços que justifiquem a continuidade de um contrato com graves indícios de antieconomicidade. 15. Desse modo, é cabível a adoção de medida cautelar tendente a impedir o andamento do RDC Presencial 1/2015, bem como a execução do Contrato 19/2015, pactuado com a Empresa Compacta Engenharia e Serviços Ltda., até que este Tribunal delibere, em definitivo, sobre as irregularidades examinadas nos autos."	Decisão proferida no curso do procedimento licitatório.
ACÓRDÃO 1245/2016 ATA 17/2016 - PLENÁRIO	18/05/2016	AUGUSTO SHERMAN	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 5927/2016 ATA 16/2016 - SEGUNDA CÂMARA	17/05/2016	VITAL DO RÊGO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2803/2016 ATA 14/2016 - PRIMEIRA CÂMARA	03/05/2016	BRUNO DANTAS	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 4936/2016 ATA 13/2016 - SEGUNDA CÂMARA	26/04/2016	ANDRÉ DE CARVALH O	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 936/2016 ATA 13/2016 - PLENÁRIO	20/04/2016	BENJAMIN ZYMILER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 783/2016 ATA 11/2016 - PLENÁRIO	06/04/2016	JOSÉ MUCIO MONTEIR O	Trecho do acórdão: "De outra parte, verifica-se que a adoção da medida cautelar, na forma requerida pelo representante, não é capaz de trazer prejuízos significativos à BR Distribuidora, não caracterizando o periculum in mora reverso, haja vista que, até o presente momento, não houve assinatura do respectivo contrato, como informou a Gerência Executiva de Serviços Compartilhados da BR Distribuidora, em 28/3/2016 (peça 27, p.2)."	Decisão proferida no curso do procedimento licitatório.
ACÓRDÃO 562/2016 ATA 7/2016 - PLENÁRIO	09/03/2016	MARCOS BEMQUER ER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.

ACÓRDÃO 560/2016 ATA 7/2016 - PLENÁRIO	09/03/2016	MARCOS BEMQUER ER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 3312/2016 ATA 6/2016 - SEGUNDA CÂMARA	08/03/2016	RAIMUND O CARREIRO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 127/2016 ATA 2/2016 - PLENÁRIO	27/01/2016	ANDRÉ DE CARVALH O	Trecho do acórdão: "Assim, mostra-se adequada a solução proposta pelo dirigente da unidade técnica, a fim de autorizar, em caráter excepcional e em sintonia com os precedentes mencionados, a continuidade dos aludidos contratos, isso porque, como se sabe, a regra é a prorrogação do contrato administrativo mediante a formalização do respectivo termo aditivo, antes do término do prazo de vigência do ajuste, já que o aditamento não pode produzir efeitos retroativos, mas a falta dessa providência tempestiva deve ser analisada sob a ótica do interesse público, mesmo porque não seria razoável prejudicar a comunidade destinatária do investimento estatal em razão da inércia do agente em evitar a execução do objeto de inquestionável interesse social sem a devida cobertura contratual formal."	Decisão proferida com o contrato em execução.
ACÓRDÃO 427/2016 ATA 1/2016 - PRIMEIRA CÂMARA	26/01/2016	WEDER DE OLIVEIRA	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 31/2016 ATA 1/2016 - PLENÁRIO	20/01/2016	AUGUSTO NARDES	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 3363/2015 ATA 51/2015 - PLENÁRIO	09/12/2015	RAIMUND O CARREIRO	Trecho do acórdão: "9. Outra possível proposta poderia ser a exclusão da cláusula décima da minuta do contrato, caso não assinado com a vencedora do lote, ou, alternativamente, que o Banco do Brasil elaborasse um novo contrato sem a cláusula contestada, procedendo à rescisão do contrato já assinado, se for o caso. 10. Contudo, tais proposições somente seriam viáveis se o próximo procedimento fosse a renegociação dos lances vencedores para todos os lotes.(...)15. Por fim registro que os atuais contratos foram prorrogados até 3/4/2016. Portanto, está afastado o periculum in mora ao reverso, que poderia trazer prejuízos significativos ao Banco do Brasil ou ao interesse público."	Decisão proferida com o contrato em execução.

ACÓRDÃO 3358/2015 ATA 51/2015 - PLENÁRIO	09/12/2015	ANDRÉ DE CARVALH O	17. Em face dessas circunstâncias, o TCU permitiu o prosseguimento parcial da licitação, "com o objetivo de se autorizar a abertura das propostas comerciais, permitindo aferir – com maior grau de precisão – o grau de competitividade no certame e a compatibilidade dos preços ofertados com os valores de mercado."18. Ocorre, como bem se viu na instrução técnica, que, a partir do exame da documentação obtida na fase de abertura das propostas, sobressaíram fortes evidências de que o caráter competitivo da licitação restou severamente prejudicado, sobretudo porque: (i) 25 empresas e consórcios retiraram o edital, mas apenas 3 (três) apresentaram propostas, salientando que uma delas foi inabilitada; (ii) o desconto ofertado pelo consórcio vencedor foi de apenas 0,16% sobre o valor da planilha-base constante do edital, representando pouco mais de R\$ 500 mil para uma obra com custo de execução estimado em cerca de R\$ 330 milhões;	Decisão proferida com o contrato em execução.
ACÓRDÃO 3335/2015 ATA 51/2015 - PLENÁRIO	09/12/2015	ANA ARRAES	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 7766/2015 ATA 42/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	01/12/2015	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 7765/2015 ATA 42/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	01/12/2015	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 7758/2015 ATA 42/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	01/12/2015	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2962/2015 ATA 46/2015 - PLENÁRIO	18/11/2015	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 6729/2015 ATA 37/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	27/10/2015	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 6728/2015 ATA 37/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	27/10/2015	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 6708/2015 ATA 37/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	27/10/2015	JOSÉ MUCIO MONTEIR O	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.

ACÓRDÃO DE RELAÇÃO 8954/2015 ATA 36/2015 - SEGUNDA CÂMARA	20/10/2015	AUGUSTO NARDES	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2256/2015 ATA 36/2015 - PLENÁRIO	09/09/2015	VITAL DO RÊGO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 4694/2015 ATA 29/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	25/08/2015	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 4328/2015 ATA 26/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	04/08/2015	WEDER DE OLIVEIRA	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1602/2015 ATA 25/2015 - PLENÁRIO	01/07/2015	MARCOS BEMQUER ER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO DE RELAÇÃO 1596/2015 ATA 25/2015 - PLENÁRIO	01/07/2015	AUGUSTO SHERMAN	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.

ACÓRDÃO 1498/2015 ATA 23/2015 - PLENÁRIO	17/06/2015	BENJAMIN ZYMLER	Trecho do acórdão: “No âmbito do processo TC 021.283/2008-1, o Ministro Relator proferiu despacho em 14 de janeiro de 2009, referendado por meio do Acórdão 593/2009-TCU-Plenário, determinando cautelarmente a retenção de 40% dos valores apontados como sobrepreço em cada lote da ferrovia em questão, conforme transcrição do despacho a seguir: Minha convicção para decidir sobre a retenção cautelar de valores contratuais nesta fase das averiguações dos sobrepreços, antes de aberto o contraditório à Valec e às empresas contratadas, sustenta-se nos indícios levantados pela equipe de auditoria, que apontam percentuais entre 8,85 a 28,15% de valores acima dos de mercado para os cinco contratos em execução, segundo os parâmetros de comparação utilizados pela equipe de auditoria. (...) Ciente da importância estratégica do empreendimento em questão para a economia do país, tanto que integra o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, do Governo Federal (...) entendo razoável que a retenção cautelar compreenda apenas um percentual do valor do sobrepreço inicialmente identificado pela Secex/GO. Isso, porque os contratos em exame ainda estão em fase inicial de execução, sendo possível, uma vez confirmados os levantamentos iniciais, futuros ajustes por meio de termos aditivos aos contratos, de forma a expurgar os custos excedentes dos serviços com sobrepreço. Com essa percepção, considero razoável a estipulação de um percentual de 40% de retenção a incidir sobre o valor do sobrepreço identificado pela Secex/GO em cada contrato. Desse modo, em cada parcela contratual a ser paga pela Valec às empresas devem ser retidos os seguintes percentuais nas respectivas faturas (...)”	Decisão proferida com o contrato em execução.
ACÓRDÃO 3348/2015 ATA 19/2015 - SEGUNDA CÂMARA	16/06/2015	MARCOS BEMQUERER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1420/2015 ATA 21/2015 - PLENÁRIO	10/06/2015	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1375/2015 ATA 20/2015 - PLENÁRIO	03/06/2015	BRUNO DANTAS	Sem repercussão para a pesquisa.	Decisão proferida no curso do procedimento licitatório.

ACÓRDÃO 1281/2015 ATA 19/2015 - PLENÁRIO	27/05/2015	VITAL DO RÊGO	“Quanto à avaliação dos custos de investimento, a SeinfraPetróleo entendeu que os elementos do anteprojeto não permitiam atestar objetivamente a razoabilidade das estimativas constituídas pela EPE, mas, diante do ineditismo do caso, propôs que a licitação fosse continuada. Muito embora aquiesça às intelecções concebidas pela unidade técnica, avalio que a situação concreta demanda um posicionamento mais assertivo dessa Casa, em especial por se tratar de um leilão que inaugura um novo modelo regulatório positivado pela Lei do Gás e que poderá respaldar futuras concessões. Pela argumentação desferida, fica claro que as estimativas para a construção do gasoduto Guapimirim-Comperj II situam-se bem acima de preços paramétricos de outras obras similares, sem a existência de estudos técnicos que possam justificar, cabalmente, tais diferenças. Enquanto o custo paramétrico da obra aqui discutida foi de US\$ 165,68/metropol, o mesmo indicador relativo a outros gasodutos apontou média de US\$ 81,78/metropol, ao passo que o paradigma oficial considerado pelo próprio Governo Federal no PEMAT é de US\$ 80,00/metropol. Além disso, recente contratação da Petrobras para gasoduto submarino em águas profundas aparentemente apresentou indicador aquém ao atingido no presente caso. (...)Não se pode olvidar, ainda, que a Petrobras é a única interessada em fruir dos serviços que serão prestados na outorga em questão, o que implicará a necessidade de remunerar, com exclusividade, o futuro concessionário. Com isso, custos eventualmente superestimados ou não suportados em premissas técnicas consistentes poderão provocar, de imediato, uma majoração indevida da RAM (receita anual máxima) que balizará o leilão; e, num segundo plano, poderão incutir à Estatal a obrigação de suportar tarifas desarrazoadas por um prazo de trinta anos. O cenário fático em que se insere a Companhia demanda cautela, especialmente ante as recentes notícias de dificuldades em manter seu plano de investimentos. Diante dessa conjuntura, entendo prudente que o prosseguimento do certame seja sustado cautelarmente, até que o Tribunal tenha condições de se pronunciar conclusivamente sobre a razoabilidade dos custos de investimento estimados para o Guapimirim-Comperj II.”	Decisão proferida no curso do procedimento licitatório.
ACÓRDÃO 2782/2015 ATA 15/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	19/05/2015	JOSÉ MUCIO MONTEIRO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2476/2015 ATA 13/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	05/05/2015	BRUNO DANTAS	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.

ACÓRDÃO 2456/2015 ATA 13/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	05/05/2015	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 2242/2015 ATA 12/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	28/04/2015	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1581/2015 ATA 11/2015 - SEGUNDA CÂMARA	14/04/2015	ANA ARRAES	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 753/2015 ATA 12/2015 - PLENÁRIO	08/04/2015	ANA ARRAES	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1821/2015 ATA 9/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	31/03/2015	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1708/2015 ATA 8/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	24/03/2015	BENJAMIN ZYMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 559/2015 ATA 9/2015 - PLENÁRIO	18/03/2015	ANDRÉ DE CARVALH O	14. Há o perigo da demora (perigo de dano irreparável, caracterizado pela urgência, pelo fundado receio de grave lesão ao erário e/ou ao interesse público, ou pelo risco de ineficácia da decisão de mérito)? Sim. 14.1 Consoante consta no registro do sistema Comprasnet, ainda não há adjudicação para a empresa vencedora do certame. Assim, a qualquer momento, pode acontecer essa adjudicação e homologação, que tornaria mais complexo o processamento do feito pela eventual inclusão de interessado. 15. Há o perigo da demora inverso (perigo de dano irreparável à unidade jurisdicionada caracterizado pelo dano resultante da adoção da cautelar ser superior àquele que se pretende evitar)? Não. 15.1. De acordo com as justificativas apresentadas pelo CNPq, a entidade vem há muito tempo enfrentando o problema da desatualização do seu sistema, não havendo qualquer novidade se a referida contratação for suspensa.	Decisão proferida enquanto pendente a assinatura do contrato.
ACÓRDÃO 545/2015 ATA 9/2015 - PLENÁRIO	18/03/2015	RAIMUND O CARREIRO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.

ACÓRDÃO 1388/2015 ATA 5/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	03/03/2015	BRUNO DANTAS	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1382/2015 ATA 5/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	03/03/2015	JOSÉ MUCIO MONTEIR O	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 1369/2015 ATA 5/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	03/03/2015	BENJAMIN ZYMMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 665/2015 ATA 3/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	10/02/2015	BENJAMIN ZYMMLER	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 375/2015 ATA 2/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	03/02/2015	JOSÉ MUCIO MONTEIR O	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 373/2015 ATA 2/2015 - PRIMEIRA CÂMARA	03/02/2015	JOSÉ MUCIO MONTEIR O	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 69/2015 ATA 1/2015 - SEGUNDA CÂMARA	27/01/2015	RAIMUND O CARREIRO	Sem repercussão para a pesquisa.	N/A.
ACÓRDÃO 63/2015 ATA 1/2015 - PLENÁRIO	21/01/2015	AUGUSTO SHERMAN	5. No momento da prolação do referido acórdão 2.873/2008 a declaração de nulidade do referido Contrato SA-01 era uma possibilidade bastante concreta, em razão das inúmeras irregularidades insanáveis constatadas tanto na licitação quanto no próprio contrato (ausência de detalhamento e de diversas especificações no projeto básico; ausência de orçamento detalhado em itens individuais; fortes indícios de contratação por preços bem superiores aos de mercado; posterior desfiguração do objeto licitado, provocando alterações acima dos limites legais, sem adoção das medidas previstas em lei; existência de cláusulas contratuais incompatíveis com o sistema jurídico vigente no país).6. Não obstante isso, este Tribunal, seguindo o interesse público, optou por tentar corrigir as irregularidades observadas sem interrupção na execução da obra de que tanto necessitava a comunidade soteropolitana.	Decisão proferida com o contrato em execução.