

CARTA ABERTA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

As entidades signatárias desta Carta Aberta vêm a público apresentar argumentos contrários ao Projeto de Lei n.º 7.448/2017, que “*Inclui no Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público*”, de cujo teor se extrai conteúdo capaz de afetar gravemente as competências constitucionalmente outorgadas ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, aos Tribunais de Contas e aos Órgãos de Controle Interno do Poder Executivo, os quais - diferente do que ocorre em propostas de alterações legislativas dessa envergadura - não tiveram a oportunidade de participar do democrático debate, razão pela qual às entidades subscritoras desta Nota é imposto o dever de esclarecer o que se segue:

1. O aludido projeto tramitou nas duas Casas do Congresso Nacional, não tendo a proposta sido objeto de discussões em quaisquer das comissões. Mas não é só. Não obstante a relevância que o tema ostenta e os reflexos que inequivocamente produzirá na atuação das principais instituições republicanas, não houve a realização de audiência pública com vistas a discutir a rota de alcance que as mudanças provocarão no funcionamento das instituições afetadas.
2. A pretexto de conferir proteção jurídica aos destinatários das decisões judiciais e administrativas, especialmente aquelas que afetam a esfera de direitos subjetivos de gestores públicos, o Projeto acaba tolhendo a regular atuação de instituições de controle que têm por razão de existência o dever de proteção da coisa pública, de salvaguarda do que é de todos, garantindo, por via de consequência, que a execução de políticas públicas possa efetivamente beneficiar os destinatários delas,

creditando-lhes a oportunidade às condições mínimas de dignidade humana.

3. Na contramão do pacto de combate ao desvio no manejo de bens, valores e dinheiros públicos, que tem justificado, inclusive, o abandono do uso de meios tradicionais de obtenção de prova, sem, é claro, conferir tolerância a eventuais desvirtuamento nesse uso, o Projeto condiciona a legitimidade das decisões de órgãos dotados de função judicante, como é o caso dos Tribunais de Contas, cuja atuação independe de provocação, à motivação que possibilite demonstrar conhecimento pleno da vida pulsante dos órgãos e entidades públicas, invertendo, assim, toda a lógica processual que se manteve inabalável até os dias de hoje, com ênfase direta no ônus da prova em processos de fiscalização e no dever de prestar contas imposto a quem se coloca à disposição para gerir o que é de todos.
4. Com o fito de positivar a vedação à aplicação retroativa de interpretação, o parágrafo único do artigo 23 do famigerado Projeto vai além do fim a que se propõe, mormente porque traveste de obrigatoriedade a figura do ajustamento, que, formal e essencialmente, é marcado pelo aceite, pelo ajuste, até porque a transação pressupõe a bilateralidade de vontade, que, frise-se, tem sido, em regra, incompatível com as relações que envolvem possibilidade de lesão ao patrimônio público, por dever de adstrição à observância do princípio da indisponibilidade do interesse público. Para além disso, a proposta vai frontalmente de encontro ao disposto no inciso X do artigo 71 da Bíblia Política brasileira, padecendo, portanto, de flagrante constitucionalidade.
5. Ao tentar positivar a intitulada “ação declaratória de validade de ato contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”, especialmente na permissividade de alcance da declaração de validade na economicidade de preços ou valores previstos nesses instrumentos negociais, ofende frontalmente o disposto nos artigos 70 e 71 da CRFB/88, seja porque inviabiliza o exercício da competência materializada na verificação de

regularidade dos atos, contratos ajustes, processos e normas da Administração Pública, seja porque cria óbice ao controle de legitimidade e eficiência trazido pela Lei Maior da República, afastando dos Tribunais de Contas do Brasil a indispensável missão de indutores de políticas públicas, partícipes necessários do processo que abrange as fases de implementação, execução, monitoramento e avaliação dessas políticas, comprometendo, em última análise, o direito fundamental do cidadão à boa gestão pública.

Nesse ponto, é inconstitucional, ainda, por ofensa art. 37, caput, da Constituição Federal, especialmente no tocante à vinculação da Administração Pública ao princípio da legalidade, assim como por ofensa à razoabilidade, também de estatura constitucional, por força do princípio do devido processo legal substantivo, conforme reiteradamente tem afirmado o STF.

Assim se entende porque a validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa é aferida tendo por parâmetro de controle a legislação, seja a própria Constituição Federal, sejam as normas infraconstitucionais, sendo irrelevantes as circunstâncias práticas que tiverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, que serão consideradas sim para fins da avaliação da culpabilidade do administrador, mas não para aferição de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

Exemplo do que ora se afirma seria no caso de um administrador público recém empossado na direção de uma grande autarquia que, diante da necessidade urgente, realiza uma contratação sem concurso público, quando referido concurso era exigido por lei, mas em relação à qual se constata que referida urgência decorreu da falta de planejamento de seu antecessor. Nesse exemplo, a conduta do novo administrador estará justificada pelas circunstâncias nas quais se encontrava a autarquia e para as quais não correu, o que significa que referido administrador

não será punido pelo órgão de controle. Esse fato, porém, que retrata ter o administrador agido amparado em uma causa excludente de culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa), não tem o condão de transformar a contratação sem concurso público em ato lícito. É ato ilícito, para cuja correção o órgão de controle fixará prazo razoável, consoante iterativa jurisprudência do TCU, mas o autor da conduta não será punido, justamente em face das circunstâncias.

Por outro lado, não se desconhece a teoria das nulidades do ato administrativo nem a teoria da sua convalidação ou da não declaração de nulidade do ato ou de seus efeitos, quando se trata de ato que não mais aceita convalidação. São teorias amplamente sustentadas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, seja dos tribunais do Poder Judiciário, seja dos tribunais de contas. Trata-se, no entanto, de teorias cujo fundamento situa-se no princípio da segurança jurídica, de compreensão consolidada no meio jurídico, acerca da difícil decisão entre restaurar a legalidade ou manter a ilegalidade ou seus efeitos em nome da paz social e da estabilização das relações jurídicas. Como se vê, referidas teorias assentam-se em fundamento específico, bem mais restrito do que as hipóteses propostas no dispositivo ora analisado.

6. Não se pode olvidar que a Constituição de 1988 ampliou, de modo extremamente significativo, a esfera de competências de instituições de raízes republicanas, a exemplo do Ministério Público e os Tribunais de Contas, as quais vieram a ser investidas de poderes jurídicos mais amplos em decorrência de uma consciente opção política do legislador constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessas instituições para a consolidação da democracia;
7. Nesse sentido, por entenderem que o sobredito Projeto apresenta conteúdo tendente a turbar o regular exercício de instituições republicanas cujos históricos de atuação têm revelado indiscutível compromisso com a proteção dos valores visados pelo legislador

constituinte originário, as entidades signatárias desta Nota Pública conclamam a sociedade brasileira, as autoridades instituídas, principalmente o Presidente da República, a quem é constitucionalmente conferido o poder de voto, a se posicionarem contra o Projeto n. 7.448/2017, de forma a assegurar as condições institucionais necessárias para que o Poder Judiciário, o Ministério Público, os Tribunais de Contas e os Órgãos de Controle Interno do Poder Executivo possam continuar cumprindo as suas funções precípuas sem constrangimentos outros que não sejam a fidelidade à Constituição da República e às leis válidas na defesa de direitos fundamentais dos cidadãos.

Brasília, 09 de abril de 2018.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES DE CONTROLE EXTERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL – ANTC

ASSOCIAÇÃO DA AUDITORIA DE CONTROLE EXTERNO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO | AUD-TCU