

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP

ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB

GRADUAÇÃO EM DIREITO

**PRECEDENTES VINCULANTES NOS PROCESSOS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL
DE CONTAS DA UNIÃO**

ALBERTO RIOS JÚNIOR

Orientador: Ms. Fernando Natal Batista

BRASÍLIA

2023

Alberto Rios Júnior

Adoção de precedentes vinculantes no âmbito do Tribunal de Contas da União

Artigo apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

Orientador: Ms. Fernando Natal Batista

BRASÍLIA

2023

ALBERTO RIOS JUNIOR

Adoção de precedentes vinculantes no âmbito do Tribunal de Contas da União

Artigo apresentado como requisito parcial
para a obtenção do título de bacharel em
direito do Instituto Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

Prof. Fernando Natal Batista (orientador)
Direito/IDP

Profa. Janete Ricken Lopes de Barros
CEPES/IDP

Prof. Guilherme Cardoso Leite
Direito/IDP

Brasília, 20 de julho de 2023.

RESUMO

Especialmente desde a irradiação horizontal dos princípios constitucionais, bem como a aplicação de cláusulas abertas na legislação ordinária, a previsibilidade do resultado dos processos judiciais e administrativos restou comprometida. A percepção positivista de que o julgador seria a “boca da lei”, sendo a atividade decisória de natureza estritamente dedutiva, cabendo ao juiz apenas explicitar a vontade emanada da lei, está há muito superada.

A decisão judicial tem natureza argumentativa. Ao julgar o caso concreto o juiz preenche as lacunas da lei, dando significado concreto aos termos com significado indeterminado, formando, ao fim, uma norma concreta para aplicação à situação em julgamento.

Tendo em vista a possibilidade de resultados diversos, a depender as premissas do julgador, a segurança jurídica na sua porção afeta à previsibilidade resta comprometida, o que traz prejuízos à vida em sociedade, na medida em que aumenta custos e incertezas.

A adoção de precedentes vinculantes a partir do CPC/2015 trouxe maior previsibilidade às decisões judiciais, na medida em que fixa para determinados fatos ou situações, que formam uma moldura, o resultado mais provável, permitindo que a tomada de decisão, mesmo em casos difíceis, se dê com menores riscos.

Embora não seja parte do Poder Judiciário, o Tribunal de Contas da União faz coisa julgada no âmbito de sua competência, interpretando a legislação. Tendo em vista a possibilidade de várias interpretações perante a Corte de Contas, o gestor público depara-se com relevante imprevisibilidade acerca do que o TCU irá decidir nos processos a que for submetido. Em função do risco de possível impacto patrimonial ante a possibilidade de condenação, com efeito patrimonial relevante, muitas vezes ainda em julgamento em cognição sumária, o gestor público, na prática cotidiana, toma medidas buscando resguardar-se, o que toma tempo e recursos que poderiam ser melhor aplicados na prestação do próprio serviço público. Tendo em vista a sanha punitivista do TCU, mesmo que o gestor não atue com dolo ou culpa, há risco de sofrer sanções sempre que não houver aplicação literal da lei. Assim, de modo a escapar de sanções, o gestor público precisa atuar de modo a produzir provas de sua boa-fé, a qual, por expressa previsão legal, deveria ser presumida.

Tendo em vista que os benefícios potenciais da adoção de precedentes no âmbito do TCU, o presente trabalho argumenta no sentido da relevância de sua adoção para que a Corte de Contas melhor observe princípios constitucionais aplicáveis, tais como a isonomia, a segurança jurídica,

eficiência e razoável duração do processo.

Palavras-chave: Precedentes; Processo civil; Tribunal de Contas da União; Controle Externo; Direito Administrativo do Medo; “Apagão das Canetas”.

INTRODUÇÃO

Embora esteja previsto no capítulo referente ao Poder Legislativo na Constituição Federal de 1988, o Tribunal de Contas da União (TCU) é órgão independente, não subordinado ao Congresso Nacional ou a qualquer de suas casas. Assim, o TCU apresenta competências próprias e privativas previstas expressamente no texto constitucional. Algumas dessas competências têm natureza executória, como, por exemplo, a prevista no inciso IV do art. 71 da Constituição, a saber: “realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades sujeitas à prestação de contas. Outras têm natureza judicante, como a competência para o julgamento das contas dos administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, conforme inciso II do art. 72 da Constituição Federal.

O julgamento pelo Tribunal de Contas da União não afasta a competência do Poder Judiciário, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual qualquer demanda pode ser submetida ao crivo do Poder Judiciário. Porém, ao exercer sua competência judicante, por ter competências próprias e privativas, os tribunais de contas exercem atribuições que não podem ser exercidas por outros órgãos da República. Assim, ao exercer as competências de julgamento, o Tribunal de Contas da União faz coisa julgada administrativa, vez que essas decisões não podem ser submetidas a recurso perante nenhum outro órgão. Ao julgar processo levado a efeito pelo TCU, em particular, o Judiciário deve limitar-se a avaliar a legalidade dos atos praticados, não podendo, em regra, adentrar no mérito das decisões emanadas pela Corte de Contas.

Como todo órgão da República, o TCU deve observar os princípios constitucionais também aplicáveis. Apesar de não estar vinculado a observar os ditames da lei processual civil, seja o Código de Processo Civil ou a legislação especial, deve seguir os princípios e garantias processuais previstos explicitamente ou implicitamente na Constituição Federal.

O processo perante o Tribunal de Contas da União não é regulado pelo CPC ou mesmo por sua Lei Orgânica (LOTUCU). É regulado essencialmente pelo respectivo regimento interno, o qual não prevê um sistema de precedentes, sejam vinculantes ou persuasivos. Não há nem mesmo regra acerca da observância vinculada das sumulas editadas pelo próprio Tribunal. Desse modo, é possível que situações similares recebam tratamento distinto pela Corte de

Contas, ante a possibilidade de múltiplas interpretações para o mesmo texto legal, violando o princípio da isonomia em sua acepção material.

De modo a limitar a possibilidade dessas mudanças interpretativas, a Lei 13.655/2018 introduziu relevantes restrições à Lei de Introdução às Normas do Direito (LINDB). A adoção de nova interpretação para norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou condicionamento de direito, depende da elaboração de regime de transição, de modo que o novo regime seja cumprido de modo proporcional. Embora essa regra tenha trazido algum avanço, por usar conceitos abstratos, ainda há a possibilidade de mudanças interpretativas comprometerem a segurança jurídica.

A possibilidade de que situações semelhantes tenham resposta administrativa diversa por parte do Tribunal de Contas da União causa insegurança jurídica. O gestor público e a Administração Pública precisam ter certa previsibilidade acerca do que é esperado pelos órgãos de controle, para que possam atuar com eficiência. Ante a possibilidade de sofrer sanções na sua esfera pessoal, tanto patrimonial quanto extrapatrimonial, o gestor público acaba por atuar de forma temerosa, com menor eficiência do que poderia em um cenário com maior previsibilidade. Em que pese haver previsão legal expressa acerca da presunção de boa-fé, o gestor público precisa gastar tempo e recursos para produzir provas de sua boa-fé, de modo que possa se defender em eventuais processos perante a Corte de Contas.

Embora um sistema recursal seja uma garantia relevante para que os casos submetidos ao Estado possam ser revistos, não é suficiente para reduzir a possibilidade de soluções divergentes ou a baixa previsibilidade das decisões emanadas pelo Tribunal de Contas da União. Particularmente, porque um recurso pressupõe a existência de uma decisão desfavorável, assim como não garante que novos julgamentos serão no mesmo sentido. Há, portanto, que se adotar medidas para reduzir a insegurança decorrente dessa imprevisibilidade decisória, a qual implica em custos patrimoniais e não-patrimoniais para a sociedade e para o próprio Estado.

No âmbito do Código de Processo Civil de 2015, adotou-se um sistema de decisões vinculantes, as quais formariam decisões cuja observância é obrigatória para casos futuros, sob pena de a parte se insurgir contra a decisão através de mecanismos disponibilizado pelo próprio código. Essas decisões, formariam, portanto, precedentes de natureza vinculante, os quais devem ser observados pelos tribunais e juízos inferiores àquele prolator da decisão tomada como paradigma.

A adoção de um sistema similar pelo Tribunal de Contas da União, embora não fosse a

única possibilidade, aumenta a segurança jurídica, na medida em que torna as decisões mais previsíveis. Fomenta a observância do princípio da isonomia, especialmente em sua acepção material, vez que para afastar a aplicação do precedente faz-se necessário, inclusive, por mandamento legal expresso (CPC, art. 489, §1º, inciso VI), explicitar a distinção que o justificaria no caso concreto.

Embora o Tribunal de Contas da União edite súmulas, não há regramento no seu regimento interno (ou outra norma interna) acerca de sua observância obrigatória. Também não há previsão de sistema de precedentes, sejam persuasivos ou vinculantes. Os precedentes adotados no dia a dia da corte têm natureza persuasiva e natureza *ad hoc*, dependendo mais da experiência do auditor responsável pela instrução do que de um elemento normativo formalmente instituído.

Assim, entende-se como hipótese do presente trabalho que é possível adotar um sistema de precedentes vinculantes no Tribunal de Contas da União, tendo como base o modelo positivado no Código de Processo Civil de 2015, de modo a enfatizar os princípios da isonomia, da segurança jurídica e da eficiência, dentre outros.

Para alcançar esse fim, os objetivos são: compreender a natureza jurídica das decisões do Tribunal de Conta da União; estudar o sistema de precedentes do CPC/2015, sua origem e principais consequências; e analisar a conveniência de adoção de um sistema de precedentes no âmbito do Tribunal de Contas da União.

I DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO

O exercício medroso da função administrativa decorre das condenações vultuosas enxadadas pelo Tribunal de Contas da União, tomadas frequentemente com base em uma ênfase formalista, burocrática e punitivista, realizando uma espécie de responsabilização civil objetiva (teoria do risco). Situação agravada pela dominância da prova documental nos processos perante a Corte de Contas, ante a ausência de previsão no procedimento de provas típicas no processo judicial, como a pericial e a testemunhal.

Disfunções do controle externo ocorrem quando o sistema de controle externo atua de modo a estimular que o gestor público adote condutas que implicam em resultados indesejáveis na Administração Pública. Nesse sentido, sustenta Santos (2020), que o controle externo disfuncional “está a produzir um tipo inédito de disfunção burocrática com graves consequências para a aplicação das normas do Direito Administrativo: o exercício medroso da

função administrativa”.

A perda do respeito pela classe política veio acompanhada da percepção pelos órgãos de controle que agora podiam muito. Todo e qualquer ato administrativo emanado por autoridade competente estava não apenas sujeito ao controle externo – o que é desejável – mas suscetível a espécie de ‘aval decisório’ desses órgãos, o que claramente implica usurpação de função administrativa. (SANTOS, 2020, p.41)

Neste contexto, disfunção administrativa é toda atuação ineficiente da Administração Pública decorrente da atuação direta ou indireta do órgão de controle externo, os quais podem produzir resultados inadequados. A aplicação inadequada de princípios com baixa densidade normativa para justificar a aplicação de sanções a gestores públicos contribui para o aumento da insegurança jurídica e para a atuação temerária do gestor público, mais preocupado em se resguardar de provável sanção por parte do Tribunal de Contas da União que atender o interesse público com eficiência.

No intento moralizante, não raro, a busca por respostas extrapola o limite da legalidade estrita, invadindo na margem de discricionariedade concedida pela legislação ao gestor público. Não raro, ao atuar, o Tribunal de Contas da União acaba por invadir o mérito administrativo reservado por lei ao gestor público, que nada pode fazer, em razão de que se agir fora da escolha “chancelada” pelo TCU poderá ser alvo de processos e de punições severas por parte da Corte de Contas.

Não raro os órgãos de controle acreditam que o espaço da política e da administração pública são – de regra – exercidos com falta de ética e com desonestidade, levando ao menoscabo dos agentes políticos submetidos ao controle jurisdicional, frequentemente levando os Tribunais de Contas, o Judiciário e o Ministério Público à tentação de ‘administrarem’ e definirem as escolhas que lhes pareçam mais adequadas e, mais que isso, responsabilizando os agentes públicos pelas decisões por eles adotadas ainda que fundamentadas e aparadas pelo direito, mas discrepantes dos parâmetros fixados pelos órgãos de controle externo. (SANTOS, 2020, p.134-135)

A hipertrofia do controle é, paradoxalmente, parcialmente responsável pela ineficiência da Administração Pública, vez que, a fim de se resguardar de possíveis processos perante o Tribunal de Contas da União, o gestor público precisa empreender esforços para produzir provas de sua boa-fé, o que inexoravelmente leva ao emprego de recursos em ações não diretamente relacionadas ao interesse público. Nesse sentido, sustenta Santos (2020), que “o fato é que o controle de legalidade como um fim em si mesmo leva a distorções e disfunções, visto que a hiperinflação do controle de legalidade por vezes imobiliza ou dificulta a tomada de decisão”.

Com efeito, o debate em torno da interpretação do Direito, tem especial relevo no sentido de explicar como os agentes de controle fiscalizam o desempenho da função

administrativa, pois a depender da postura teórica que adotam podem oscilar dramaticamente de entendimento quando a observância ou não da norma jurídica, afinal, os órgãos de controle interpretam, aplicam o direito e controlam a atividade administrativa à luz daquilo que compreendem por direito. (SANTOS, 2020, p.144)

Embora possa parecer uma solução, a tese da neutralidade metodológica não é viável, vez que é impossível produzir conhecimento livre de influências ideológicas. Ou seja, não é possível separar o sujeito do objeto. Assim, a visão formalista tipicamente adotada pelo Tribunal de Contas da União não é suficiente para afastar a insegurança decorrente da possibilidade de múltiplas interpretações para a norma jurídica, a depender do background teórico ou ideológico do intérprete. Apesar disso, não há autorização para que a interpretação da norma seja sujeita a uma interpretação assistemática. Esse exagero possibilitaria ao intérprete atuar de forma arbitrária, decidindo subjetivamente, o conteúdo da norma jurídica, de acordo com seus valores, não necessariamente coincidente com o objetivo pretendido pelo legislador. Tal situação implica apenas em medo, o que dificulta que agentes públicos cumpram seu papel e entreguem à sociedade serviços públicos adequados.

I.1 O problema da aplicação dos princípios no contexto do controle externo

Voltando à questão principiológica, o problema no inadequado exercício do controle externo sob uma perspectiva neoconstitucionalista é que tudo passa a ser uma questão de princípios. Esquecemos o real papel dos princípios que possuem caráter reflexivo, de abertura do sistema ao seu (determinável) conteúdo jurídico. Assim, passou-se a utilizar a teoria dos princípios para resolver problemas que dependem de regras. Mais que isso, no cotidiano dos tribunais, especialmente em improbidade administrativa, passou-se a desprezar regras em nome dos princípios e a razão disso é por que a escola (à la carte) dos princípios e a determinação do seu conteúdo jurídico, permite ao intérprete sentir-se 'livre, leve e solto' para decidir como quiser. (SANTOS, 2020, p.160)

Ante a falta de regra para tratar de determinadas situações, não raro, o Tribunal de Contas da União lança mão de princípios, sejam previstos na Constituição ou em norma infralegal, de modo a viabilizar a parte dispositiva de seus acórdãos ou mesmo de modo a aplicar sanções. Uma vez que o conteúdo dos princípios é aberto, aquilo que serve para tudo, na verdade, serve para justificar qualquer coisa. Assim, a adoção exagerada de princípios jurídicos para justificar a aplicação de sanções pode significar, em verdade, um aumento indesejado da insegurança jurídica com que precisa lidar o gestor público.

Por óbvio, não é viável adotar uma visão positivista, em que o TCU atuaria simplesmente como a "boca da lei", a qual já se mostrou inviável mesmo no âmbito do Judiciário. Uma

solução pode ser buscar por meio da adoção de precedentes vinculantes atribuir maior previsibilidade às decisões oriundas da Corte de Contas, mesmo aquelas essencialmente fundadas em princípios jurídicos e regras de natureza aberta.

I.2 O problema da falta de defesa técnica

Outro aspecto que fomenta o clima de insegurança com que lida o gestor público é ausência de obrigatoriedade de defesa técnica perante o Tribunal de Contas da União. Desde a Súmula Vinculante 5/2008, firmou-se o entendimento de que nos processos administrativos não é necessária a defesa técnica por advogado.

I.3 Excesso do controle punitivo

Atualmente, há diversos órgãos de controle no Brasil. O aumento da preocupação com o uso ético da coisa pública. Porém, o aumento do número de instâncias de controle não foi acompanhado pela coordenação entre essas instancias. Por exemplo, no âmbito do executivo federal, o gestor público está sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas da União e da Controladoria-Geral da União. Está sujeito também à fiscalização do Ministério Público. Não é incomum que essas instancias atuem sob o mesmo objeto, investigando os mesmos fatos de forma isolada, apurando muitas vezes as mesmas responsabilidades. Certamente, essa forma de atuação aumenta custos do controle e da própria atuação da Administração Pública. Também há comprometimento da efetividade, vez que gera redundância e incoerência entre ações, dando margem a existência de lacunas de fiscalizações, em face da limitação de tempo e de recursos inerente a um Estado deficitário como o brasileiro.

Outro efeito dessa proliferação de órgãos de controle é a aplicação de sanções sem considerar a gravidade dos fatos. Irregularidades meramente formais são alvo do mesmo rigor que a efetiva má-gestão da coisa pública.

Essa obsessão pela punição se manifesta principalmente (i) por meio da fixação de interpretações extremamente rígidas e inflexíveis, (ii) do amplo enquadramento dos atos administrativos como improbidade administrativa e (iii) da larga decretação de medidas constritivas – como indisponibilidade patrimonial, afastamento temporário e até mesmo prisões preventivas –, sem a adequada demonstração do preenchimento dos requisitos legais necessários (CAMPANA, 2017, p.197)

I.4 Cultura da ineficiência

O atual modelo de controle não é capaz de inibir a corrupção ou a má gestão de recursos públicos. É recorrente nos noticiários casos de desvio de recursos públicos em todas as esferas da Administração Pública. O modelo de controle inibe a eficiência: tomar decisões rotineiras ou mais complexas implica em riscos pessoais para o gestor público, o qual busca se resguardar de possíveis sanções, mesmo em decorrência de erros, de modo que o gestor passa a atuar de forma restrita ao que sempre foi praticado, não procurando exercer seu ônus de forma mais eficaz.

Não há incentivos para a melhor gestão pública, vez que atuar de forma diferente do que é a 'praxe' pode significar processos perante o Tribunal de Contas da União, custas com advogado, restrições de direitos e outros males. Ou seja, trabalhar de modo menos eficiente acaba por trazer menores custos pessoais para o gestor público. Assim, é mais seguro para o agente público atuar como mero executor da descrição literal das normas, evitando a todo custo atuar ou sempre respondendo negativamente sempre que a situação fática destoar, mesmo que minimamente, do comando descrito na norma. Ou seja, em parte, a ineficiência da prestação dos serviços públicos não é decorrência da má qualidade ou da incompetência do agente público, mas do temor deste de sofrer com os excessos da sanha punitivista do Tribunal de Contas da União.

II TEORIA DOS PRECEDENTES

Um precedente consiste em uma decisão pretérita que por sua relevância é considerada apta a regular decisões posteriores em casos similares. É uma decisão relativa a um caso concreto dotada de valor orientativo para decisão futura, relativamente à mesma questão. Assim, não se confunde a jurisprudência, a qual refere-se a uma pluralidade de decisões, sejam uniformes ou não. A adoção de um precedente envolve a subsunção do caso em julgamento à regra decorrente do precedente, sua moldura. Já a jurisprudência envolve um nível maior de abstração, já que, segundo Oliveira (2022), os “juristas buscam o maior número de julgados possível que justifiquem, de forma geral e abstrata, a tese jurídica que se quer afirmar”.

Também não se confunde com súmula, seja vinculante ou não, a qual corresponde a um enunciado que consiste em um enunciado geral e abstrato, tipicamente desvinculada dos casos concretos que lhe deram origem. Para Marinoni (2022), ao contrário dos precedentes, as súmulas simplesmente neutralizam as circunstâncias do caso ou dos casos que levaram a sua edição, preocupando-se apenas com a adequada delimitação de um enunciado jurídico geral e

abstrato.

Tendo em vista que sequer faz coisa julgada, um precedente não inclui questões de fato, mas apenas questões de direito. Mas o que caracterizaria um precedente? Segundo Oliveira e Anderle (2014), um precedente é um pronunciamento que, por sua autoridade e consistência com outros, deve ser seguido por outros julgadores como um padrão decisório em casos semelhantes. Assim, nem toda decisão é um precedente, vez que nem toda decisão tem a autoridade necessária para vincular outras decisões. Para Marinoni (2022), não é um precedente a decisão que não sustenta um argumento por maioria, ou se limita a afirmar a letra da lei ou reafirmar precedente. Para o autor, só há precedente quando o fundamento (não apenas o resultado) for compartilhado pela maioria dos membros do colegiado. Assim, para constituir um precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma, é preciso que envolva a análise dos principais argumentos afetos à questão de direito, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineado.

O problema é que um enunciado acerca de decisões judiciais não tem as mesmas garantias de um precedente. Para que exista um precedente não basta apenas um enunciado acerca de uma questão jurídica, mas é imprescindível que este enunciado tenha sido elaborado em respeito à adequada participação em contraditório dos litigantes e, assim, tenha surgido como um resultado do processo judicial, ou melhor, como verdadeiro resultado do debate entre as partes (MARINONI, 2022, p.155).

Com relação à formação dos precedentes, doutrinariamente, há duas possibilidades. Os precedentes podem decorrer de decisão que desde sua origem destina-se a apresentar força vinculante, situação típica dos sistemas do tipo *civil law*. Neste caso, a corte superior decide previamente formar o precedente, direcionando-o aos juízos inferiores. Também podem ser formados precedentes a partir de uma decisão ordinária, tomada em um caso concreto, o qual passa a ser observada pelos demais juízos, conferindo-lhe a condição de precedente *a posteriori*.

Embora alguns juristas critiquem a adoção do sistema de precedentes sob o argumento de que sua adoção engessaria o direito, esse argumento não deve prosperar. Primeiro porque a doutrina dos precedentes não exige que haja uma obediência cega às decisões passadas. Embora permita que o julgador se beneficie das decisões passadas, não afasta a necessidade de fundamentar as decisões. Nesse sentido, o CPC/2015 não considera fundamentada a decisão que se “limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

O CPC/2015 trouxe um sistema de precedentes vinculantes, em que os tribunais, especialmente os de vértice, têm competência para emitir decisões cuja observância é

obrigatória pelos juízes, tribunais inferiores e órgãos fracionários. Tendo em vista que quando um precedente vinculante não é observado, é possível utilizar da reclamação para garantir a autoridade desses precedentes, é inegável que tais decisões pretéritas são fontes relevantes tanto para o direito processual quanto para o material, devendo ser consideradas na tomada de decisão.

Conclui-se, assim, que a adoção de um sistema de precedentes vinculantes implica em adotar os precedentes como fonte do direito. Embora, o Brasil seja tipicamente classificado como um sistema do tipo *civil law* em que a fonte principal do direito é a lei escrita, desde o advento do CPC/2015, tem havido maior integração com técnicas oriundas do *common law*, embora essa integração tenha começado muito antes, com a adoção do sistema de Súmulas Vinculantes. Além disso, envolve a mutação do ônus argumentativo, o que exige qualificação específica de todos os participantes do julgamento.

II.1 Razões para adotar precedentes

A abertura principiológica contida na Constituição permitiu maior flexibilização da atividade do julgador, permitindo-lhe buscar soluções mais adequadas ao caso concreto, superando o sistema tradicional da subsunção direta do fato à norma legal, abre a possibilidade para que casos similares recebam tratamento diverso, o que contribuiria para a instabilidade jurisprudencial. Assim, o legislador ordinário tem buscado meios para a estabilização e uniformização da jurisprudência, de modo a observarem-se valores caros a um sistema jurídico democrático, como a certeza jurídica, a igualdade das partes, a previsibilidade, a unicidade do direito e a credibilidade das instituições.

O direito brasileiro, no âmbito do direito jurisprudencial, veio paulatinamente valorizando, tanto legislativamente quanto na prática forense, o precedente e sua utilização, cada vez mais frequente, no âmbito de argumentação forense, com impacto direto nas próprias decisões judiciais, acabou por ser acolhida legislativamente no Brasil no âmbito do CPC, com destaque especial para o cenário jurisprudencial e a temática dos precedentes.

Assim, o precedente, e especialmente, o precedente vinculante, tem surgido para tentar colocar ordem na confusão que às vezes reina na própria jurisprudência (THEODORO, 2021, p.57).

A segurança jurídica diz respeito à estabilidade dos atos jurídicos, que devem gozar de estabilidade para que haja confiança nas relações sociais. Deve, para além desse aspecto retrospectivo, haver condições para que o cidadão médio tenha condições de saber qual é o

direito vigente. Segundo Pereira (2014), “isso significa que não devem ser obrigados à ignorância jurídica, pela impossibilidade de conhecer com antecedência o significado das normas jurídicas às quais serão submetidos”. Para Marinoni (2022), “a segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser ‘Estado de Direito’”.

Neste aspecto, cumpre observar que nem o alto grau de determinação das leis elimina o problema da insegurança jurídica, haja vista as questões da ambiguidade e imprecisão das normas. Tanto as normas jurídicas vistas individualmente quanto dentro de um sistema jurídico, sofrem o problema da indeterminação. As normas jurídicas individualmente consideradas são indeterminadas, em razão de sua textura aberta, o que implica que uma zona de sua incidência é incerta seja tanto aos fatos que abarca seja quanto às consequências que incidem. As normas vistas dentro de um sistema jurídico, por sua vez, também são indeterminadas porque não há certeza em relação às quais efetivamente pertencem ao ordenamento jurídico. Desta forma, não se tem como resolver o problema da insegurança apenas com a determinação dos pressupostos estruturantes da norma (PEREIRA, 2014, p.55-56).

Tendo em vista a quantidade e complexidade das fontes do direito, proveniente de uma pluralidade de órgãos distintos, há relevante dificuldade para que o cidadão conheça o direito. Sendo a maior contribuição do direito para a vida gregária do ser humano a redução da incerteza e dos riscos, possibilitando às pessoas dedicarem-se a seus afazeres e reivindicarem com sucesso seus direitos legítimos, a pluralidade de direitos aplicáveis em tese, mesmo a situações ordinárias, traduz-se em menor previsibilidade, o que traz maiores custos sociais.

Na tradição do *civil law*, em que se afirmava a supremacia do legislativo, a lei e os Códigos deveriam ser tão claros e completos que não poderiam suscitar quaisquer dúvidas no juiz.

Sabe-se, contudo, que não só a codificação foi incapaz de dar conta ao que se propôs – tendo surgido uma hiperinflação de leis especiais e de normas de conteúdo aberto, destinadas a dar aos juízes oportunidade de considerar situações imprevisíveis ao legislador -, como, também, que a ideia de que os juízes deveriam somente aplicar as leis foi rapidamente derrotada (MARINONI, 2022, p. 95).

Mesmo operadores do direito podem enfrentar dificuldades ante a celeuma de múltiplas interpretações para mesmo direito ou a diversidade de direitos aplicáveis. Mesmo o advogado diligente não tem condições de garantir com alguma margem de confiabilidade o resultado de qualquer litígio que lhe seja submetido, ante a possibilidade de que o juízo atote posicionamento diverso mesmo em comparação a decisão pretérita do mesmo julgador.

A estabilidade almejada com a garantia da previsibilidade jurídica, efetivamente, é condição estruturante para a realização dos demais direitos, na medida em que o exercício adequado dos demais direitos depende de um ambiente confortável e seguro.

[omissis]

Fica evidente, portanto, que nossa ordem normativa constitucional não tolera uma indeterminação factual das decisões judiciais, que seria um estado em que a incerteza se verifica de plano na prática do direito, na medida em que não se sabe como juízes e tribunais irão decidir. O direito, na qualidade de um corpo de normas jurídicas, que tem como valores estruturantes a previsibilidade, imparcialidade e igualdade, não tolera o decisionismo por parte dos juízes. (PEREIRA, 2014, p.58).

A utilização de precedentes reduz tal complexidade, vez que reduz o campo de possíveis interpretações. Segundo Marinoni (2021), um sistema de precedentes é dispensável apenas quando juiz é mero aplicador da lei, sendo fundamental na jurisdição atual para permitir maior consciência de como os juízes estão preenchendo os conceitos abertos da legislação. Particularmente, quando se adotam precedentes vinculantes, o desfecho provável do caso em julgamento é o mesmo do precedente. Ainda segundo Marinoni (2021), o precedente obrigatório orientaria os cidadãos sobre o seu comportamento e dar-lhes-ia previsibilidade sobre os seus reclamos judiciais, o que agregar-lhes-ia maior segurança jurídica que a própria norma legislativa.

Para que seja aplicado entendimento diverso, é necessário demonstrar, por meio do *distinguish*, que o caso diverge do que deu origem ao precedente de modo substancial. Nesse sentido, é salutar mencionar que o §1º do art. 489 do Código de Processo Civil considera não fundamentada a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Se no *civil law* imaginou-se a segurança e a previsibilidade poderiam ser alcançadas por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança de que a sociedade precisa para se desenvolver (MARINONI, 2022, p. 49)

De acordo com a visão positivista, o ideal de igualdade pode ser alcançado por meio da generalidade abstrata das regras. Assim, o objetivo de criar uma ordem estável e unificada restringiria a arbitrariedade e a contingência de vontade liberais, o que coincide com o ideal democrático liberal. Essa generalidade alcançaria o ideal de igualdade por meio da igualdade na lei, em que o tratamento isonômico decorreria da atribuição de um tratamento jurídico homogêneo para uma classe de sujeitos ou ações universalizados na regra.

Com o advento do constitucionalismo moderno, caracterizado pela expansão da normatividade dos princípios constitucionais, essa visão de igualdade pela generalidade não mais se aplica, vez que o direito precisa adequar-se a princípios e a valores jurídicos, bem como

à presença de cláusulas abertas, o que exige um juízo de ponderação para além da aplicação mecânica de normas.

Há que se dizer, sem qualquer constrangimento, que a doutrina do *civil law* cometeu pedaço grave ao encobrir a necessidade de um instrumento capaz de garantir igualdade diante das decisões, fingindo crer que a lei seria bastante para tanto ao invés de denunciar a realidade e a funesta consequência derivada da produção de decisões diferentes para casos que merecem a mesma solução (MARINONI, 2022, p. 50).

Embora as normas sejam formalmente as mesmas para todos, ao interpretar, é possível julgadores diversos aplicam os dispositivos de forma distinta, violando o princípio da igualdade em sua acepção material. Segundo Marinoni (2022), “a crença na correspondência biunívoca entre lei e resultado-interpretação é falaz, uma vez que ‘toda disposição é (mais ou menos) vaga e ambígua, de modo que tolera diversas e conflitantes atribuições de significado’”.

Se a decisão judicial, ao resolver o caso concreto, estabelece a definição da interpretação adequada para a norma jurídica, é natural que essa mesma definição seja adotada em casos semelhantes. Ao fixar a interpretação a ser aplicada, a adoção de precedentes possibilita que as partes sejam tratadas de forma isonômica, orientando os julgadores como proceder e como interpretar a legislação. Assim, a adoção de um sistema de precedentes vinculantes contribui para a observância da isonomia, vez que casos similares teriam tratamento isonômico, em razão da aplicação do precedente ao caso em julgamento.

O ordenamento jurídico, como um ideal de sistema representativo de uma ordem política e social, mesmo heterogênea, deve expressar uma coerência intrínseca, não o resultado de uma soma de decisões, regra e medidas dispersas, que não possam ser reconduzidas a princípios e valores substanciais unitários daquela ordem (PESSOA, 2014, p. 72)

Outro aspecto relevante, relacionado à segurança jurídica, é a estabilidade. Não é suficiente a estabilidade da legislação, se as decisões extraídas dela variarem freneticamente ao longo do tempo. As decisões judiciais devem ser estáveis, particularmente, por constituir ato de poder, gerando responsabilidade para aquele que os instituiu.

Assim, como subprincípio densificador do sobreprincípio do Estado de Direito, a segurança jurídica constitui elemento conformador de uma ordem jurídica que se propõe a respeitar as necessidades mínimas de uma vida socialmente digna. Situada na base do Estado Constitucional, a segurança jurídica se vincula de forma íntima ao valor liberdade, porquanto não se pode conferir o epíteto ‘livre’ a uma sociedade em que os cidadãos não confiem que os atos praticados no passado serão respeitados e não conheçam as normas jurídicas que lhes são aplicáveis. (OLIVEIRA, 2015, p. 25)

Um sistema de precedentes vinculantes melhora a segurança jurídica na medida em que

limita o universo de interpretações validas a potencialmente uma única, contribuindo para a estabilidade e previsibilidade do sistema. Assim, viabiliza que a interpretação a ser dada seja prevista com base no que os tribunais já decidiram, o que reduz o risco de decisões desfavoráveis. Segundo Oliveira e Anderle (2014), “a segurança não decorre propriamente da lei, mas principalmente das decisões proferidas pelos tribunais”.

Não raro, os juízes arguem que não são obrigados a respeitar precedentes por terem autonomia. De fato, há autonomia, prevista em lei, estando o juiz livre para decidir de forma fundamentada, mas isso não deve corresponder a uma carta em branco para que decidam de forma arbitrária, sem observar nem mesmo outras decisões do tribunal a que se vincula.

Eficiência/ Duração Razoável do Processo

Segundo Bertão (2016), a adoção de um sistema de precedentes fomenta a observância do princípio da duração razoável do processo. Segundo o autor, “caso os julgadores, a cada novo julgamento, só utilizem as fontes legais e doutrinárias, sem levar em conta as decisões anteriores sobre casos similares, percorrerão um caminho mais árduo”.

Nota-se, assim, que a utilização dos precedentes tende a tornar o processo civil mais eficiente e econômico. Isso porque, ao se adotar um sistema de precedentes vinculantes, estar-se-á evitando dilações argumentativas desnecessárias, posto já terem sido decididas em nível superior, e, ainda, otimizando o tempo do juiz, que poderá, assim, dedicá-lo a casos mais complexos (BERTÃO, 2016).

II.2 Classificação dos precedentes

A partir de sua eficácia é possível classificar os precedentes em vinculantes e persuasivos. São vinculantes aqueles que devem ser observados obrigatoriamente, sob pena de incidir em *error in procedendo* ou *error in iudicando*. Portanto, uma decisão que não observe um precedente vinculante é passível de reforma por meio das vias recursais disponíveis ou por ações autônomas de impugnação. O CPC/2015, por exemplo, prevê a utilização da reclamação para questionar decisões que desafiem precedentes vinculantes.

Já os precedentes persuasivos são dotados da faculdade atribuída ao julgador de adotá-los ou não, sem que isso implique no cometimento de um erro. Sendo apenas um argumento, sua inobservância não habilita isoladamente a utilização das vias recursais. Segundo Theodoro (2021), o precedente vinculante depende de previsão legal, enquanto o persuasivo existe à margem de atuação ou reconhecimento pelo legislador”.

Por sua vez, Marinoni (2021) sustenta que para que se tenha eficácia persuasiva é preciso que exista algum constraintimento sobre aquele que vai decidir. É necessário que o juiz tenha alguma obrigação, de modo que a corte não possa ignorar o precedente, devendo apresentar fundamentação convincente para não o adotar.

No contexto atual, para estabelecer o divisor de águas, e saber se em um ordenamento, especialmente de civil law, vigora ou não a regra do precedente vinculante, é necessário apurar a existência de alguma norma legal que obriga os juízes a observarem os precedentes. Por conseguinte, a distinção entre precedente vinculante e persuasivo pode ser abandonada como critério de diferenciação dos dois grandes grupos jurídicos – *common law* e *civil law* –, diante, reitere-se, da presença cada vez maior de precedentes vinculantes em ordenamentos de *civil law* e da progressiva redução da vinculatividade em ordenamentos de *common law*. (THEODORO, 2021, p.22-23)

Outra classificação comum é a que os divide em horizontais e verticais. São verticais quando decorre da hierarquia entre os órgãos envolvidos, em que os precedentes oriundos de órgãos superiores vinculam o os inferiores. É o que ocorre, por exemplo, em tese, entre precedentes do Superior Tribunal de Justiça, formado por meio de repetitivos, cuja inobservância pode dar origem à reclamação. Já os horizontais teriam força vinculante para órgãos de mesmo nível hierárquico, ou mesmo os “auto-precedentes” aquele que vinculam o próprio órgão que o emanou.

II.3 Técnicas inerentes ao sistema de precedentes

Um precedente é dividido em duas partes. A *ratio decidendi* é a parte do precedente que vincula as decisões posteriores. Segundo Bertão (2016), a *ratio decidendi*, “refer-se às razões de decidir, ou motivos determinantes para a decisão”. Para Marinoni (2022), é a tese jurídica ou interpretação da norma, não se confundindo com a fundamentação, mas nela estando contida. Consiste na norma que do julgado emana, sendo essencial para compreender adequadamente o resultado da decisão. A *ratio decidendi* consiste na fundamentação que levou a decisão a ser firmada de certa maneira. Ou seja, é a fundamentação que levou à fixação da parte dispositiva da sentença.

Já a *obiter dictum* é todo o resto, ou seja, elementos não vinculantes, derivando de especificidades do caso concreto e que por essa razão, não vinculam novos casos. Segundo Bertão (2016), “são trechos da decisão que não possuem importância vital à solução do caso, sendo certo que não servem para a construção da norma jurídica”.

Diferença entre essas *obiter dicta*, a doutrina fala em *judicial dictum* e em *grátis*

dictum. Atribui-se tais denominações ao *obter dictum* com grande efeito persuasivo, reservando-se o tradicional título *obter dictum* às proposições que tratam de questões não relevantes e periféricas (MARINONI, 2022, p.168).

Para a formação da *ratio*, por oportuno, requer-se que a maioria do colegiado sustente um mesmo fundamento ou mesma solução. Não basta apenas que o resultado seja o mesmo. Portanto, a *ratio* não se relaciona com o resultado do julgamento, mas com o fundamento utilizado para a solução.

Um fundamento ou motivo, embora não necessário, pode ser suficiente para se alcançar a decisão. O motivo suficiente, porém, torna-se determinante apenas quanto, individualizado na fundamentação, mostra-se como premissa sem a qual não se chegaria à específica decisão. Motivo determinante, assim, é o motivo que considerado a fundamentação, mostra-se imprescindível à decisão que foi tomada. Este motivo, por imprescindível, é essencial. ou melhor, é determinante da decisão. Constitui a *ratio decidendi*. (MARINONI, 2022, p.205)

Há situações, por fim, quem que a *ratio* de um precedente só é esclarecida após sua posterior aplicação prática, quando faz-se necessário interpretar e compreender os fundatos que lhe caracteriam para que o caso em julgamento possa ser encaixado na moldura do caso que deu origem ao precedente. Do mesmo modo, é possível que um caso posterior também agregue conteúdo paulatinamente à *ratio*.

O *distinguishing* é uma técnica que consiste em não aplicar um precedente quando o caso a ser decidido apresenta uma peculiaridade essencial que torna a decisão precedente inadequada. Para identificar sua aplicabilidade, é necessário identificar a *ratio decidendi*, de modo a explicitar os fatos que lhe deram origem. Caso tais fatos não se amoldem aos fatos do caso em julgamento, afasta-se a aplicação do precedente a certo caso concreto, mas não afasta a validade ou a eficácia do precedente para outros casos.

Segundo Marinoni (2022), a declaração de que o precedente é inaplicável não tem relação com o seu conteúdo e autoridade. Assim, não quer dizer que o precedente está equivocado, revogado ou que é uma *bad law*. Tendo natureza negativa, limita-se a negar a aplicação da norma, não se prestando a constituir um direito novo.

A precisa identificação do aspecto fático no precedente se mostra muito relevante quando da realização da distinção ou *distinguishing*, vez que é esse mesmo aspecto fático que vai permitir a identificação mais precisa da incidência ou não do precedente anterior para pautar a decisão do caso futuro (THEODORO, 2021, p.76)

O *overruling* (revogação) consiste na superação do precedente, afastando sua força vinculante, em razão de mudanças na concepção geral do direito, em razão de a *ratio decidendi*

proclamada não ser a correta ou em razão de mudanças que tornam o entendimento anterior incorreto. Portanto, afasta-se a aplicação do precedente aos casos posteriores, atuando no plano de sua validade ou eficácia.

Segundo Marinoni (2022), “a transformação moral, política e de experiência é determinante para a revogação de um precedente”. Uma nova percepção do direito ou o avanço tecnológico também podem impor a inadequabilidade de um precedente, ocasionando sua revogação.

Em regra, o *overruling* produz efeitos prospectivos, não alcançando decisões salvaguardadas sob o manto da coisa julgada.

Quando se posterga a produção de efeitos da nova regra, fala-se em *prospective overruling*. Alude-se a *pure prospective overruling* para demonstrar o que ocorre quando a Corte não aceita que a nova regra regule o próprio caso sob julgamento, restando a expressão *prospective overruling* para anunciar a mera irretroatividade da nova regra às situações anteriores à data da decisão. (MARINONI, 2022, p.270).

A *signaling* é uma técnica intermediária entre o *distinguishing* e o *overruling*, em que deixa-se de revogar um precedente inadequado, em virtude da segurança jurídica, mas se aponta sua perda de consistência e indica-se sua futura revogação.

A *transformation* é a situação em que nega-se o conteúdo do precedente, mas não o revoga, tendo conformá-lo à situação em julgamento. Tendo em vista que dá origem a diversos precedentes distintos sobre o mesmo tema, dificulta que os tribunais inferiores o identifiquem como revogado ou que se identifique que versão deve ser aplicada no caso concreto.

Por fim, o *overriding* consiste na superação parcial do precedente, limitando o âmbito de sua incidência em razão de mudança em uma regra ou princípio legal. Não há revogação, mas limitação de sua aplicação a um conjunto menor de casos.

III PROCESSO NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Embora esteja previsto no capítulo referente ao Poder Legislativo na Constituição Federal de 1988, o Tribunal de Contas da União (TCU) é órgão independente, não subordinado ao Congresso Nacional ou a qualquer de suas casas. O TCU é dotado de competências próprias e privativas, as quais não podem ser exercidas por nenhum outro órgão da República. Dentre essas competências, destaca-se a de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta (CF/88, art. 71, inciso

II).

É competente também para fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital a União participe, de forma direta ou indireta (inciso V). Há, ainda, a competência para fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, ajuste ou outros instrumentos a Estado, Distrito Federal ou a Município (inciso VI).

A Lei Orgânica do TCU (LO/TCU), Lei 8.443/1992, também prevê competências no art. 1º e outros. Dentre elas, destaca-se a competência para julgar as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte danos ao Erário (inciso I). É competente também para proceder por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional, de suas Casas ou das respectivas comissões, à fiscalização contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal (inciso II).

Veç que as competências do TCU são privativas, estas competências não podem ser exercidas por nenhum outro órgão. Assim, embora não escape da jurisdição do Poder Judiciário, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, a atuação deste poder, em regra, deve limitar-se à avaliação da legalidade dos atos praticados pelo TCU, não podendo adentrar no mérito das decisões emanadas pela Corte de Contas no exercício de sua competência privativa. Nesse sentido, é possível perceber que o TCU exerce uma jurisdição de contas, de natureza administrativa, não jurisdicional.

Sob essa premissa, ao atuar o TCU, em determinadas matérias, interpreta a Constituição e as leis, proferindo decisões, que podem culminar na imposição de sanções relevantes às pessoas sujeitas à sua jurisdição. Portanto, é fundamental que a atuação da Corte de Contas seja pautada pelos ditames da ordem constitucional, em particular, pelos princípios que regem o processo, em especial os princípios da isonomia, da segurança jurídica, do devido processo legal e da duração razoável do processo.

O Regimento Interno do TCU (RI/TCU) elaborado a partir da competência prevista na respectiva Lei Orgânica, prevê o procedimento adotado pelo tribunal no exercício de sua competência. A vinculação ao CPC/15 dá-se de modo subsidiário, em razão do art. 258 do RI/TCU, desde que compatível com a Lei Orgânica do TCU (LO/TCU).

Apesar de não ter natureza judiciária, sendo uma corte administrativa, o TCU faz coisa julgada no âmbito de sua competência, atuando regularmente de modo a interpretar o direito,

afetando inegavelmente direitos das pessoas sujeitas a sua jurisdição. Portanto, a adoção de métodos que fomentem a observância de princípios constitucionais é essencial para que a Corte de Contas cumpra seu ônus sem violar o devido processo legal ou outros princípios previstos na Constituição Federal.

De acordo com Moreira e Gomes (2018), “não importa sejam as decisões judiciais ou administrativas: todas devem assegurar a estabilidade dos efeitos jurídicos das relações jurídico-processuais e proteger nos indivíduos a confiança gerada em decorrência destas”. Ainda segundo os memos autores, “a imutabilidade recai nuclearmente sobre o conteúdo declaratório do ato decisório, atingindo-se quaisquer outros efeitos que derivem desse”.

Conforme sustentado no capítulo anterior, a adoção de precedentes vinculantes apresenta relevantes vantagens no que diz respeito à observância de princípios constitucionais aplicáveis ao processo e ao direito material. Dentre as consequências da baixa previsibilidade das decisões do Tribunal de Contas da União em matéria de sua competência, conforme também demonstrado anteriormente, é o exercício temerário e ineficiente dos serviços públicos, vez que o gestor, ante a possibilidade de sofrer sanções com efeitos patrimoniais relevantes perante a Corte de Contas, empreende tempo, recursos e esforço em produzir provas de sua boa-fé, bem como evita inovar.

Embora não seja a única possibilidade, a adoção formal de precedentes vinculantes no âmbito do TCU trará aumento de eficiência, ante a maior previsibilidade a ele inerente. Assim, o gestor público poderá dedicar maior tempo e recursos ao atingimento dos fins do serviço público que presta, reduzindo os empreendidos em se resguardar de possíveis (e prováveis) sanções perante a Corte de Contas.

III.1 Por que adotar precedentes no âmbito dos processos perante o TCU?

A ausência de um sistema de precedentes vinculantes, segundo Marinoni (2022) funda-se na falsa suposição, típica do *civil law*, de que a lei é suficiente para garantir a certeza e segurança jurídica. Tendo em vista que o TCU aplica as leis ao exercer sua competência institucional, é natural que ao fazê-lo interprete-as.

Tendo em vista que o raciocínio meramente dedutivo não é suficiente para a aplicação do direito, conforme demonstrado por Pereira (2014), ao exercer sua competência nos moldes atuais, o TCU contribui para a insegurança jurídica na atuação do gestor público na medida em que o risco para aquele que busca a atuação não literal da legislação acaba demasiadamente

aumentado, o que, como demonstrado neste trabalho, acaba por engessá-lo.

O respeito aos padrões decisórios formados no passado é inerente a qualquer sistema racional de tomada de decisão. Aqueles sujeitos à jurisdição do TCU têm o direito de crer na racionalidade e na estabilidade de suas decisões. Em outras palavras, têm a legítima expectativa de que os julgamentos que possam alcançá-los não variação sem uma justificativa robusta e razoável. Portanto, é razoável que dirijam sua atuação de acordo com as diretrizes já fixadas.

O TCU, enquanto órgão integrante do Estado Brasileiro, tem o dever de tutelar a segurança jurídica, devendo realizar suas funções de modo a prestigiá-la, estando, como decorrência lógica do Estado de Direito, proibido de praticar atos que a renequem. Embora não seja a única possibilidade, a adoção de precedentes, como já detalhando neste trabalho no âmbito do Poder Judiciário, permitirá à Corte de Contas melhor observar o dever contido no mandamento constitucional afeto à segurança jurídica. Particularmente, suas decisões tornar-se-ão mais previsíveis.

Caso o TCU adote um sistema de precedentes que vincule novas decisões, o gestor poderá atuar de modo a não ser surpreendido com decisões inesperadas. Além disso, segundo Marinoni (2022), “se o magistrado é consciente de que sua decisão poderá formar um precedente, o qual deverá ser respeitado pelos sucessores e interferirá sobre o comportamento das pessoas, sua preocupação e responsabilidade pessoal certamente intensificam-se”. Assim, ao atuar de forma que suas decisões se perpetuem no futuro, é possível mesmo a qualidade das decisões emanadas pelo TCU aumente.

Esse aumento na previsibilidade da atuação do TCU poderá influir para a melhora da qualidade do serviço público objeto da fiscalização do tribunal, na medida em que o gestor público, e mesmo aqueles que de algum modo mantêm relações jurídicas como Poder Público sujeito à jurisdição do TCU, poderá investir maior esforço no cumprimento de sua missão funcional, evitando-se o direcionamento de esforços e recursos ao resguardo pessoal do próprio gestor público, diante do temor de sofrer sanções em razão da atuação, não raro, punitivista do TCU.

Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que lhe garantir previsibilidade em relação às consequências de suas ações. O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que suas ações poderão produzir, mas também, como os terceiros poderão reagir diante delas. Mas essa previsibilidade pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna esses elementos indissocialmente ligados (MARINONI, 2022, p.94).

Tendo em vista que a Constituição prevê a igualdade material de todos, ao atuar, o TCU deve dar a situações similares respostas similares. O princípio ao processo justo é alcançado por meio de instrumentos processuais que fomentem paridade de armas durante o processo, mas não se confunde com a justiça da própria decisão. No âmbito do TCU, o primeiro é alcançado por meio da observância de princípios constitucionais durante os processos levados a efeito pela Corte de Contas, tais como o contraditório e a ampla defesa. Porém, o acesso ao processo e a participação nele só tem utilidade quando correlacionado à decisão final. Não faz sentido que em um contexto uma norma seja interpretada de uma forma e em outro seja de outra forma, especialmente no âmbito do mesmo órgão, ainda que uma decisão tenha origem em um órgão fracionário diverso do que produz a segunda decisão.

A legitimidade da decisão não decorre apenas da observância de direitos processuais de natureza processual, sendo fundamental legitimar o conteúdo da decisão. É possível que o procedimento seja legítimo à luz das normas constitucionais, mas, ainda assim produzir uma decisão incompatível materialmente com a substância das normas constitucionais. Ou seja, o contraditório presta-se como meio, mas não é capaz de garantir uma decisão cujo conteúdo material seja constitucionalmente adequado.

Particularmente, a irradiação de princípios constitucionais e a disseminação da técnica legislativa das cláusulas abertas, dá margem para que, ao exercer sua competência, o TCU produza resultados distintos, decorrentes de distintas interpretações da mesma norma.

Corolário da isonomia é a imparcialidade. Acredita-se que a fundamentação é imprescindível para garantir a imparcialidade do julgador, prestando-se para que seja demonstrada a imparcialidade do julgador. Porém, a fundamentação de determinada decisão tem pouca relevância quando o julgador não precisa levar em conta o que já foi decidido, caso um órgão fracionário possa decidir casos iguais de forma diferente ou atribuir significados distintos a uma mesma norma.

Ao atuar de modo razoavelmente previsível, mitiga-se a insegurança jurídica e o Direito Administrativo do Medo. Desse modo, é imprescindível que um precedente geral seja estabelecido, de modo que a isonomia material possa ser observada no âmbito dos processos no TCU.

Como já arguido neste trabalho e exaustivamente demonstrado na doutrina, a adoção de precedentes não tem o condão de vedar mudanças de entendimento no âmbito do sistema jurídico. Mesmo sistemas jurídicos mais fiéis à tradição do *common law*, a tese da imutabilidade

dos precedentes foi superada, sendo possível revê-los quando presentes motivos determinantes da sua superação ou distinção.

Dentre as técnicas possíveis, a sinalização pode ser particularmente interessante no âmbito Tribunal de Contas da União. A adoção dessa técnica, inclusive, fomentaria a observância do previsto no art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a qual prevê a necessidade de que seja previsto regime de transição quando houver decisão nova sobre norma de conteúdo indeterminado, o que não é incomum tendo em vista a tendência legislativa mais moderna da utilização de cláusulas abertas.

A inexistência de um duplo grau de jurisdição de contas não é impedimento para a adoção de um sistema de precedentes. Primeiro por que, segundo Marinoni (2022), não é necessário afirmar o duplo grau para respeitar precedentes. Segundo o autor, o direito americano além de respeitar precedentes deu ao juiz de primeiro grau poder para decidir questões de fato, tornando o *appeal* cabível apenas para erros de direito.

Embora o TCU não esteja subordinado a nenhum outro órgão, seu processo conta com um robusto sistema recursal robusto, assim como uma unidade especializada, distinta da que instruiu a primeira decisão, na instrução de recursos submetidos.

III.2 Por que observar precedentes emanados do Poder Judiciário nos processos perante o TCU?

Embora não seja a única possibilidade, o legislador infraconstitucional optou por adotar no Código de Processo Civil de 2015 um sofisticado sistema de precedentes vinculantes. Nesse sistema, os tribunais devem manter sua jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente (art. 926). Além disso, ao decidir, os tribunais e juízes devem observar, dentre outros, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Portanto, tais institutos processuais se prestam à formação de precedentes vinculantes, pois caso uma decisão não observe precedentes vinculantes, caberá reclamação, nos termos do art. 988, inciso IV.

Ocorre, porém, que o sistema de precedentes decorrente das demandas repetitivas previsto no CPC/2015 não alcança o Tribunal de Contas da União. Ao prevê-lo, o CPC/2015 faz menção implícita aos tribunais e juízes integrantes do Poder Judiciário. Além disso, vez que o TCU foi criado como órgão independente diretamente pela Constituição Federal, somente ela poderia impor à Corte de Contas a observância de precedentes judiciais distintos da Súmula

Vinculante. Portanto, uma lei ordinária, como o CPC/2015 não tem legitimidade para impor essa observância.

Destarte, embora não se descure dos benefícios resultantes de um mínimo grau de coerência com o posicionamento jurídico majoritário proferido, sobretudo, pelas Cortes Superiores, conclui-se pela não submissão dos Tribunais de Contas ao sistema de precedentes instituído pelo artigo 927 do CPC/2015. A harmonização com as decisões judiciais dependeria, em última instância, do bom senso dos membros dos Tribunais de Contas.

É que, na prática, se houver divergência quanto à legalidade de determinado ato ou entendimento, o Poder Judiciário não poderá impor aos Tribunais de Contas que adotem uma determinada posição, porque não há nada na Constituição Federal – donde exsurge a competência dos Tribunais de Contas – que legitime essa submissão. Nesse aspecto, evidencia-se novamente a impossibilidade de vinculação dos Tribunais de Contas aos precedentes judiciais previstos no rol do artigo 927 do CPC/2015 (CADEMARTORI, 2018).

Porém, o próprio TCU, no uso de sua autonomia, poderá vincular-se a decisões emanadas do Judiciário em matéria afeta à sua competência. Nesse sentido, cumpre mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, assim como o Supremo Tribunal Federal, exerce sua jurisdição em matérias de natureza afeta ao direito administrativo, os quais formam teses jurídicas relevantes mesmo para atuação do TCU.

Embora não seja a solução para todos os problemas, a observância de precedentes oriundos das cortes de vértice poderá reduzir o número de litígios e mesmo de anulações de decisões do TCU por órgãos do poder judiciário. Além disso, daria maior legitimidade para as decisões da Corte de Contas, vez que apenas o Judiciário tem outorga constitucional para dizer o direito com caráter de definitividade, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV).

III.3 Consulta como espécie de precedente

Consulta é processo do TCU cujo objetivo é sanar dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares de matéria da competência do Tribunal de Contas da União. Sua previsão genérica encontra-se no inciso XVII do art. 1º da Lei Orgânica do TCU, limitando-se esta norma a delimitar sua finalidade e atribuir ao Regimento Interno a tarefa de melhor regulá-lo.

Dentre os requisitos para o conhecimento de recurso por parte do Tribunal, destaca-se a regra de que se trate de dúvida acerca da aplicação, em tese, de dispositivos legais e regulamentares, sobre matéria de competência da Corte e que não verse sobre caso concreto.

Nesse sentido, conforme art. 265 do Regimento Interno, consulta que verse exclusivamente sobre caso concreto não poderá ser conhecida.

Por expressa disposição do §2º do art. 1º da Lei Orgânica, o resultado à consulta terá caráter normativo, constituindo prejulgamento da tese, mas não do caso concreto. Ou seja, a tese formada vincula o Tribunal em futuros processos, mas não constitui julgamento do caso concreto. Assim, tendo em vista que a resposta decorre de interpretação das normas pela Corte de Contas, seu resultado pode ser visto como uma espécie de precedente vinculante no âmbito do TCU, o que traz consigo diversas das vantagens mencionadas na doutrina para os precedentes vinculantes formados no âmbito do Poder Judiciário.

Dentre essas vantagens, destaca-se o fato de que possibilita ao gestor público prever qual o julgamento formará a Corte em eventual caso concreto que eventualmente lhe seja submetido no futuro. Porém, poucas autoridades têm legitimidade para apresentar consulta ao TCU, o que limita sobremaneira seu âmbito de incidência. Considerando que somente as maiores autoridades da República são aptas a fazê-lo, a aplicabilidade prática da consulta para o gestor ordinário é bastante limitada, o que permite concluir que a existência da consulta, embora possa ser visto como espécie de precedente, não teria o condão de substituir um sistema de precedentes baseado no julgamento de casos concretos, com inspiração no Código de Processo Civil.

Por fim, cumpre mencionar que embora a consulta resulte em decisão de caráter normativo, não tem o condão de vincular órgãos do poder Judiciário, ante a independência deste Poder.

III.4 Jurisprudência e súmulas

Embora haja certa preocupação em manter uma jurisprudência uniforme, estável e íntegra no Tribunal de Contas da União, tendo em vista que o Regimento Interno do TCU criou a Comissão de Jurisprudência, dotada de competências próprias nesse sentido, não há nenhum dispositivo que atribua natureza vinculante a decisões pretéritas pela Corte ou oriunda outro órgão da República, com exceção das Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal, por disposição constitucional expressa.

Caso haja divergência, é possível utilizar o incidente de uniformização de jurisprudência, ou o sistema recursal, de modo a reformar uma decisão divergente emanada de órgão fracionário do Tribunal. Porém, tal solução traz maior complexidade e morosidade à

solução dos processos submetidos ao crivo do Tribunal.

Embora o art. 85 do Regimento Interno do TCU defina que a Súmula de Jurisprudência “constituir-se-á de princípios ou enunciados, resumindo teses, soluções, precedentes e entendimentos, adotados reiteradamente pelo Tribunal, ao deliberar sobre assuntos ou matérias de sua jurisdição e competência”, não há nenhum dispositivo que obrigue sua observância posterior por qualquer órgão da Corte.

Prevê o art. 87 do Regimento Interno que art. 87. “poderá ser incluído, revisto, revogado ou restabelecido, na Súmula, qualquer enunciado, mediante aprovação pela maioria absoluta dos ministros”. Ou seja, a edição de súmulas de jurisprudência não tem o condão de engessar a atuação do tribunal, vez que podem ser modificadas posteriormente, conforme a necessidade. Ademais, conforme mencionado neste trabalho, jurisprudência ou súmula não se confundem com precedente. Portanto, não afasta a necessidade e as vantagens mencionadas neste trabalho sobre a adoção de precedentes no âmbito do TCU.

CONCLUSÃO

A tradicional distinção entre sistemas do tipo *common law* e *civil law*, tende a fazer cada vez menos sentido prático no direito contemporâneo. Ao mesmo tempo em que sistemas do primeiro tipo tem cada vez dado maior ênfase ao direito positivado expressamente por meio de leis formais, os sistemas ainda classificados no segundo tipo têm dado grande destaque à adoção de sistemas de precedentes vinculantes. Essa aproximação entre os dois sistemas se deve, em parte, à irradiação dos princípios constitucionais para todo o ordenamento jurídico, à adoção da técnica legislativa das cláusulas abertas na legislação ordinária; à superação da tese positivista de que o juiz seria a “boca-da-lei”; e à constatação de que a atividade decisória tem natureza argumentativa, não apenas dedutiva, dando margem a interpretações diversas para as mesmas normas.

Embora não faça parte do Poder Judiciário, o Tribunal de contas da União faz coisa julgada administrativa, vez que suas decisões podem ser revistas apenas pelo Poder Judiciário, mas em análise restrita aspectos de legalidade, não de mérito. Sob essa premissa, ao atuar o TCU, em determinadas matérias, interpreta a Constituição e as leis, proferindo decisões, que podem culminar na imposição de sanções relevantes às pessoas sujeitas à sua jurisdição.

Em razão da insegurança jurídica decorrente da imprevisibilidade das decisões e da percepção punitivista do Tribunal ao julgar aqueles sujeitos à sua jurisdição, o administrador

público encontra-se acuado, atuando sob o medo constante de que no futuro sofra sanções patrimoniais relevantes, capazes de solapar sua vida financeira, em processo que não observa provas típicas como a pericial e a testemunhal. Em razão desse temor ocorre o que a doutrina tem denominado “apagão das canetas”, caracterizado pela prestação ineficiente de serviços públicos, limitada a observância “cega” da legislação, vez que o gestor se vê obrigado a tomar medidas diversas para se resguardar, que demanda tempo e recursos, implicando em menor eficiência na prestação do serviço público.

Conforme arguido no presente trabalho, a adoção de precedentes no âmbito do Tribunal de Contas da União, embora não resolva a totalidade dos problemas, potencialmente trará as mesmas vantagens que sua adoção no âmbito do Poder Judiciário trouxe: maior adesão aos princípios da isonomia, segurança jurídica, previsibilidade e eficiência. Além disso, em razão de agregar maior previsibilidade as decisões emanadas da Corte de Contas, mitigará os efeitos do exercício temerário da função administrativa.

REFERÊNCIAS

- BERTÃO, Rafael Calheiros. **Os precedentes no novo código de processo civil: a valorização da stare decisis e o modelo de corte suprema brasileiro**. Revista dos Tribunais Online, São Paulo, v. 253, p. 347-385, mar. 2016. Disponível em: http://rtonline.idp.edu.br/revista_rt_idp.php. Acesso em: 15 set. 2022.. Acesso em: 15 set. 2022.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 out. 2021.
- BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 de setembro de 2022.
- BRASIL. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm. Acesso em: 20 de setembro de 2022.
- BRASIL. **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/regimento-interno-do-tribunal-de-contas-da-uniao.htm>. Acesso em: 30 maio de 2023.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; SCHRAMM, Fernanda Santos. **A Interação do Tribunal de Contas da União com o Sistema de Precedentes do CPC/2015**. Revista Novos Estudos Jurídicos, [s. l], v. 24, n. 2, p. 749-776, set. 2018.
- CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. **A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle**. Revista de Direito, v. 9, n. 1, p. 189-216, 2017.
- DE FREITAS CHAGAS, Carulina et al. **A responsabilização dos agentes públicos pelo TCU: o direito administrativo do medo e o apagão das canetas à luz do art. 28 da LINDB**. 2021.
- DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.
- MADUREIRA, Claudio; PIMENTA, Henrique de Souza. **Modelo brasileiro de precedentes vinculantes**. Revista dos Tribunais Online, São Paulo, v. 7, p. 61-85, jun. 2018. Disponível em: http://rtonline.idp.edu.br/revista_rt_idp.php. Acesso em: 15 set. 2022.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 7ª edição. Thomson Reuters, 2021.
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3 ed. Thomson Reuters, 2021.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.
- MOREIRA, Egon Bockmann; GOMES, Gabriel Jamur. **A indispensável coisa julgada administrativa**. Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 2, p. 239-277, 2018.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente: análise das relações jurídicas de trato continuado**. Thomson Reuters, 2015.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de; ANDERLE, Rene José. **O sistema de precedentes do CPC projetado: engessamento do direito?**. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 232, p. 307-324, jun. 2014.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ**. Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

THEODORO JUNIOR, Humberto; ANDRADE, Erico. **Precedentes no processo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Gz Editora, 2021.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 5. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. 496 p.