

JURISDIÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E APLICAÇÃO DE PENALIDADES*

Carlos Pinto Coelho Motta

“Onde houver aplicação de dinheiro público, retirado à bolsa do povo, às vezes com extremo sacrifício para ele, aí deve estar presente a ação vigilante, firme e isenta, constante e inafastável do Tribunal de Contas, porque ele é o guardião máximo da moralidade administrativa ou da probidade e do bom e regular emprego daqueles recursos.”(Ministro Ewald Pinheiro, DOU de 28/2/85)

Sumário:

1. Introdução: evolução histórico-constitucional da jurisdição dos Tribunais de Contas. 2. A Lei de Responsabilidade Fiscal e a concepção atual das atribuições do Tribunal de Contas. 3. Sínteses doutrinárias sobre o momento atual dos Tribunais de Contas e a natureza de suas decisões; dimensões do processo de contas. 4. A aplicação de penalidades pelos Tribunais de Contas. 5. Alcance instrumental da jurisdição do Tribunal de Contas no campo das licitações e contratos. 5.1 Representação ao Tribunal de Contas por parte de licitante, contratado ou qualquer interessado. 5.2 A expedição de medida cautelar pelo Tribunal de Contas. 5.3 Inviabilidade jurídica do controle prévio da legalidade dos editais de licitação pelo Tribunal de Contas. 5.4 Contratos: Penalidades versus Termo de Ajuste de Gestão. 5.5 Atuação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ: conflito ou complementaridade? 6. Questões polêmicas sobre a jurisdição dos Tribunais de Contas. 6.1. Tribunal de Contas e Tribunal de Justiça: conflito de jurisdição? 6.2. Os Tribunais de Contas podem exercer o controle da constitucionalidade? 6.3. Os Tribunais de Contas estaduais podem reexaminar decisões fazendárias contrárias ao erário? 7. A presença interna do Ministério Público como mecanismo de fortalecimento da jurisdição dos Tribunais de Contas. 8. Considerações finais.

* Este trabalho foi desenvolvido a partir do texto “Licitações e contratos: jurisdição dos Tribunais de Contas e aplicação de penalidades”, escrito para a exposição no XI Congresso Nacional do Ministério Público de Contas – AMPCOM, Goiânia, 19-21 de novembro de 2008.

1. Introdução: evolução histórico-constitucional da jurisdição dos Tribunais de Contas

O tema que nos traz a este evento pode ser definido como uma breve reflexão sobre a jurisdição dos Tribunais de Contas no desempenho de sua missão institucional – e, no âmbito dessa missão, o exercício do poder-dever de aplicação de penalidades.

Todavia, esse tema não poderia ser desenvolvido sem a prévia consciência da evolução histórica da jurisdição das Cortes de Contas e seu papel orientador e fiscalizador. Muito se tem escrito e comentado sobre os novos vetores de ação dos Tribunais de Contas, que adquirem gradativamente maior visibilidade como fatores indispensáveis da melhoria da gestão pública.

Um desses vetores, que teve origem ainda na vigência de pretérita legislação, pode ser ilustrado, historicamente, por um significativo trecho da conferência do Ministro Lincoln Magalhães da Rocha no 1º Congresso Internacional do Ministério Público junto às Cortes de Contas, realizado em maio de 1998 em Campo Grande:

“Outra importante criação jurisprudencial foi o enunciado sumular que se formou em torno do art. 77, III da Constituição de 1946 e da Lei 830/49 em seu art. 34, III e recebeu o nº 6.

Foi o fortalecimento das decisões da corte de contas através da proibição de sua revogação ou anulação pelo Poder Executivo, sem o assentimento do Tribunal ‘a quo’.

O poder executivo só conseguiria eficácia da revogação se o Tribunal de Contas assentisse a essa decisão em tema de aposentadoria bem como de qualquer ato.

Nesse caso, estavam incluídos também aqueles que se referissem a licitações e a contratos.

Caso o Executivo não conseguisse o aprova da corte de controle teria de dirigir-se ao Poder Judiciário e buscar o desfazimento do ato impugnado.

Essa decisão também contribuiu para o prestígio das decisões tomadas.

Trata-se de um caso de eficácia da norma jurídica estabelecida pela Corte que não pode ser contrastada por outro poder, sob pena da quebra do princípio da harmonia entre os poderes do Estado.

Como precedentes, citam-se os RMS 8.657 de 06/09/91, o RMS 9.076 de 04/10/71, o RMS 8.610 de 22/01/62, o RMS 10.454 de 20/08/62 e o RMS 9.225 de 10/11/61.”¹

A matéria sobre a jurisdição dos Tribunais de Contas tem sido trabalhada por excepcionais publicistas. A título ilustrativo, cabem sucintas referências à história constitucional do tema, tratado nas Cartas de 1946-1967, na Emenda 1 de 1969 e na de 1988.

Temos uma excelente narrativa feita em 1984 pelo Ministro João Lyra Filho, sobre a atuação histórica das Cortes de Contas. O relato começa no ano de 1964, com o pedido do então Ministro da Justiça, Milton Campos, para que se constituísse uma comissão dos tribunais de contas para produzir emendas ao texto constitucional então vigente, com o objetivo de combater “a corrupção que grassava nas atividades da administração pública.”

Os cinco membros da comissão, presidida por Carvalho Pinto, sendo Lyra Filho o relator, talvez ainda guardassem um fio de esperança na sobrevivência de alguns valores democráticos, naqueles primórdios do governo de exceção que, por muitos anos, regeu os destinos do País. O resultado dos trabalhos foi então entregue a Milton Campos – “com o pensamento posto na convicção de serem urgentes concertos naquela casa de nós todos, para o ressurgimento da ordem financeira e coibição dos assaltos ao Tesouro.” Entretanto, “os desencantos levaram Milton Campos a sair de cena; outras mãos passaram a atuar na elaboração de um novo Estatuto Básico. Nossa esperança feneceu.”²

Na seqüência de seu trabalho, Lyra Filho se insurge basicamente contra a divisão dos controles interno e externo, e advoga novo e mais abrangente perfil, explicitado constitucionalmente, para a Corte de Contas.³

Caberia pontuar que na Constituição de 1946 os Tribunais de Contas eram tratados nos arts. 75 ao 77; e já figurava, no art. 77, III, § 1º, que:

“Os contratos que, por qualquer modo, interessem à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional.”

¹ ROCHA, Lincoln Magalhães da. *As Cortes Judiciariformes de Contas, Parquet Especializado e os desafios do século XXI*. Palestra de Abertura do 1º Congresso Internacional do Ministério Público junto às Cortes de Contas. Campo Grande/MS, 6/5/98.

² LYRA FILHO, João. *Perspectiva e expectativa do controle público*. RDA n. 156, abr./jun. 1984, p. 317-326.

³ *Ibid.*, p. 321 e ss.

A reforma administrativa de 1967, processada por Roberto Campos, modificou tal diretriz, que se afigurava como um obstáculo à execução contratual. A Constituição de 1967 dispensava o registro prévio dos contratos no Tribunal de Contas. (Essa dispensa foi mantida pela Emenda 1/69 e, bem mais tarde, confirmada pelos arts. 70 a 75 da Carta de 1988). Cabe menção aos Decretos-Leis 199 e 200, editados nessa época (ambos de 25/2/67), que preconizavam a racionalização da Administração Pública, para afastar dois males, segundo Campos: o “tradicionalismo” e o “absolutismo”.⁴

O Decreto-lei 200/67 foi indiscutivelmente um marco na reforma administrativa; seu art. 75, em redação de 1969, determinava aos órgãos da Administração Federal a prestação de informes ao Tribunal de Contas, relativos à administração dos créditos orçamentários; bem como facilitar inspeções de controle externo dos órgãos de administração financeira, contabilidade e auditorias. A norma preconizava a racionalização contábil da gestão financeira (art. 76), o cálculo de custo-benefício (art. 79) e, notadamente, definia o conceito e a responsabilidade do *ordenador de despesa* – “toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda”. Esse agente público somente poderia “ser exonerado de sua responsabilidade após julgadas regulares suas contas pelo Tribunal de Contas” (art. 80). Ficaria também sujeito a tomada de contas realizada pelo órgão de contabilidade e verificada pelo órgão de auditoria interna, antes de ser encaminhada ao Tribunal de Contas (artigo 82). Estabeleciam-se prazos para as tomadas de contas; definiam-se as responsabilidades das autoridades administrativas em caso de irregularidades.

Enfim, essa norma legal, embora tivesse ainda a forma arbitrária de Decreto-lei, é hoje reconhecida como um avanço na organização administrativa brasileira e um considerável impulso ao controle externo.

Entretanto, as questões relativas à jurisdição do Tribunal de Contas continuavam sendo, notadamente nos anos 80, acaloradamente debatidas, tendo em vista sua inserção na Constituição de 88. A doutrina anterior a essa Carta contribuiu, assim, significativamente para a questão da formação definitiva dos órgãos de controle externo e quais deveriam ser suas funções.

Nesse campo, Celso Antônio Bandeira de Mello, em palestra proferida no Tribunal de Contas de São Paulo, em 1983, discorre exemplarmente sobre os limites

⁴ CAMPOS, Roberto. *A lanterna na popa* – Memórias. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994, p. 703.

da discricionariedade do administrador público e a extensão do controle da legitimidade dos atos.⁵

Também Seabra Fagundes, em grande exemplo, acentuava:

“O controle das contas públicas, como hoje se exerce, é puramente formal, nada significando à legalidade e moralidade do emprego dos recursos públicos; o desejado controle resulta apenas no coonestamento de tudo quanto se faz. Os grandes negócios duvidosos escapam ao Tribunal de Contas e na teia do controle apenas se embaraçam pequenos casos individuais. Talvez valesse a pena conferir ao tribunal, embora com reservas, o exame da moralidade dos contratos de administração, admitido recurso para o Congresso.”⁶

Alexandre Demathey Camacho, em 1985, publicava em conhecido periódico um trabalho de significativa repercussão, no qual expunha contundentes críticas à jurisdição das Cortes de Contas:

“Não é possível mais manter-se o Tribunal de Contas como espectador privilegiado do fato consumado. Ele não foi criado nem constituído para assim se situar. O posicionamento que a sistemática constitucional vigente lhe determinou, sob o fundamento de que ele é um órgão que emperra o desenvolvimento dos negócios públicos, motivou esse descalabro administrativo e essa corrupção desenfreada que compromete o Governo. O seu retorno à atividade como principal e exclusivo fiscal dos gastos públicos – não *a posteriori* e sim *a priori* – é um pleito do senso comum e do interesse público; um imperativo das circunstâncias que tanto têm desgastado as conceituações clássicas de probidade e de austeridade governamental.”⁷

Cabe reconhecer que o advento da Constituição de 88 não atendeu a todos os críticos. Entretanto, o art. 71 da nova Carta, com a explicitação das competências do Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Congresso Nacional no

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Funções do Tribunal de Contas. Palestra proferida no TCSP em 3/5/83, *RDP* n. 72, p. 133-150.

⁶ *Apud* LYRA FILHO, João. *Perspectiva ...cit.*, p. 317-326.

⁷ CAMACHO, Alexandre Demathey. *Jornal do Brasil*, 4/3/85, transcrito nos anais do TCU e publicado no *DOU* de 28/3/85.

exercício do controle externo, teceu a indispensável estrutura constitucional que serviria de base para tal controle.⁸

A legislação superveniente, Lei 8.443/92, veio explicitar e detalhar as atribuições do Tribunal de Contas da União, buscando solidificar seu papel institucional, como salvaguarda dos princípios da eficiência e economicidade no gasto público.

Nesse sentido, o Ministro Marcos Vinícios Vilaça, do TCU, no voto condutor do Processo 1288/98, ao analisar a então MP 1.549 (posteriormente convertida na Lei 9.649/98), afirma:

“Concluo, pois, renovando meu sentimento de que este Tribunal dá mais um passo ao migrar de uma atuação calcada no passado e no formalismo típica da sistemática de prestação de contas, por muitos já definida como ‘autópsia’ da gestão pública, em direção a uma atuação concomitante centrada na avaliação da eficiência e eficácia da administração da coisa pública.”⁹

⁸ “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. § 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito. § 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. § 4º - O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.”

⁹ TCU, Proc. 1288/98, *RDA* n. 214, out./dez. 1998, p. 275.

Nesse ponto, cumpre sistematizar a presente exposição por meio da doutrina de Caio Tácito, que reflete a orientação constitucional atual acerca do *locus* dos Tribunais de Contas no aparato organizacional estatal. O consagrado autor assinala que a autonomia das referidas Cortes “impõe sujeição a dois pressupostos essenciais: o da independência do órgão e o das prerrogativas de seus membros.” E explicita os termos da independência dos TCS:

“O auxílio do Tribunal de Contas ao controle externo afeto ao Congresso Nacional (art. 71 da Constituição Federal) não configura vínculo de subordinação ou relação de hierarquia.

Na terminologia da Constituição de 1934, ainda válida em sua substância, o Tribunal de Contas é – tal como o Ministério Público – ‘órgão de cooperação nas atividades governamentais’.

O órgão de contas assessora o Legislativo mediante parecer prévio sobre as contas do Governo, presta informações solicitadas pelo Congresso Nacional, qualquer das suas Casas e respectivas Comissões, promove auditorias ou inspeções nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ou nos órgãos sujeitos à sua fiscalização (art. 1, n^{os} 1, IV e VII). [...]

Se a legalidade de seus atos fica submetida ao controle judicial na superior preservação da ordem jurídica – como é da índole do Estado de Direito – a autonomia e independência ontologicamente presentes nos Tribunais de Contas interditam que sobre eles possam os órgãos legislativos exercer, por qualquer forma, o poder de polícia.”¹⁰

2. A Lei de Responsabilidade Fiscal e a concepção atual das atribuições do Tribunal de Contas

Importa citar, como grande marco legislativo na trajetória do Tribunal de Contas, a Lei Complementar 101/00 – Lei de Responsabilidade Fiscal – que consolidou e ampliou as atribuições institucionais do órgão, notadamente no bloco de prescritivos de 56 a 59.

¹⁰ TÁCITO, Caio. Tribunais de Contas – Independência – Tribunais de Contas dos Municípios. *RDA* n. 181/182, jul./dez. 1990, p. 397-401

Pelo teor dos arts. 56 e 57, as contas prestadas recebem o parecer prévio dos Tribunais de Contas, separadamente, por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e Ministério Público. O parecer sobre as contas dos próprios Tribunais foi atribuído pelo § 2.º do art. 56 à Comissão mista permanente de Senadores e Deputados, objeto do § 1.º do art. 166 da Constituição. É uma competência agregada, não integrante do rol de competências originais da Comissão. Tem sua razão ética no princípio da imparcialidade, que impede o autojulgamento, instrumentalizada pelo basilar princípio correlato da segregação de funções, que o próprio TCU tem lembrado em iterativas decisões.¹¹

A LRF reforçou as atividades das Cortes de Contas no aspecto preventivo, coibindo de certa forma a síndrome do *post-facto*. Nesse passo, há um efetivo incremento de tais funções.

O teor do art. 58 da mesma LRF encarece a importância da prestação de contas, que deverá explicitar o desempenho da arrecadação em relação ao previsto, bem como deverá destacar: as providências adotadas no âmbito da fiscalização das receitas e combate à sonegação; as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial; demais medidas para incremento das receitas tributárias e de contribuições (vide arts. 11, 15, 16 e 59).

Para marcar a importância do artigo subsequente, o 59, basta notar que nele é enfatizada a redefinição das atribuições dos Tribunais de Contas, inserindo o controle preventivo na área de gestão fiscal. Um dos exemplos desse controle seria o acompanhamento da consecução de metas estabelecidas na LDO; outro, o exame dos relatórios de execução orçamentária e sobretudo de gestão fiscal. Todavia, infelizmente o verdadeiro “sistema de custos”, que permitiria a avaliação e o acompanhamento da gestão orçamentária, financeira e patrimonial ainda não logrou efetiva implantação na realidade administrativa das organizações públicas.¹²

A despeito disso, nos anos de vigência da LRF, é inegável o enriquecimento normativo e regulamentar que se tem verificado nessa área de controle, induzindo certamente o processo de *aprendizagem institucional*. Comprovando tal afirmativa, bastaria citar, exemplificativamente, a Resolução 1/2001 do Congresso Nacional, que dispõe sobre a Comissão Mista permanente a que se refere o § 1º do art. 166 da Constituição Federal; e a Resolução 142/01, do TCU, que dispõe sobre competências atribuídas ao Tribunal de Contas pela LC 101/00.

¹¹ Por exemplo, a propósito do art. 67 da Lei 8.666/93, vide Acórdão TCU 020/96 e Decisão 1099/2003, *DOU* de 9/9/02. Vide ainda GUERRA, Evandro Martins. O controle e a Lei de Responsabilidade Fiscal. *FCGP*, ano 1, n. 4, abr. 2002, p. 396.

¹² Vide MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 567.

Ademais, as LDOs da União têm reiterado, desde a Lei 9.995/00 até a atual, a complexificação das competências do Tribunal de Contas, tais como o controle dos custos das ações, a avaliação dos resultados dos programas governamentais e a indicação e fiscalização das obras e serviços com irregularidades graves, remetida à Comissão Mista de que trata o art. 166, § 1º da Constituição.

O “*alerta*” é sem dúvida uma das excelentes inovações introduzidas pelo art. 59 da LRF, consignada expressamente no § 1º. O Tribunal de Contas tem a incumbência de alertar os órgãos e entidades da Administração quando se verificarem as irregularidades e ilicitudes cujas hipóteses estão listadas nos incisos de I a V. Trata-se, por conseguinte, de um *ato administrativo de alerta*, bem caracterizado, que consigna a responsabilidade do ordenador de despesa comunicado. O TCU o regulamentou através da Resolução 142/01, que dispõe sobre as competências designadas pela LRF àquela Corte. Conforme dispõe o § 3º do art. 5º da Resolução, é expedido por aviso da Presidência do Tribunal.

3. Sínteses doutrinárias sobre o momento atual dos Tribunais de Contas e a natureza de suas decisões; dimensões do processo de contas.

À guisa de conclusão para o bloco temático inicial deste trabalho, calcado em uma visão histórico-legislativa, cabe alinhar sínteses doutrinárias sobre o estágio atual da jurisdição das Cortes de Contas e a natureza judiciariforme de suas decisões.

Na respeitada doutrina de Jacoby Fernandes,

“- o exercício da função de julgar não é restrito ao poder judiciário. Os tribunais de contas possuem a competência constitucional de julgar contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. Os termos julgamento, jurisdição e judicatura, utilizados na Constituição brasileira em relação aos tribunais de contas, não podem ter outro significado que não corresponda ao exercício da jurisdição, o qual só é efetivo se produzir coisa julgada;

- a melhor doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores admite pacificamente que as decisões dos tribunais de contas, quando adotadas

em decorrência de matéria que o constituinte estabeleceu na competência de julgar, não podem ser revistas quanto ao mérito.”¹³

O eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres de Brito, aborda em monografia o tema do controle externo e o vínculo do Tribunal de Contas com o regime republicano, que exige a prestação de contas; a qual, por sua vez, exige o aparato orgânico-funcional do controle externo. E aduz, com costumeira sabedoria, que, “participando desse aparato como peças-chave, os Tribunais de Contas se assumem como órgãos impeditivos do desgoverno e da desadministração.”¹⁴

Em sua análise, atenta para aspectos relevantes na distinção entre as funções do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas:

“Em síntese, pode-se dizer que a jurisdição é atividade-fim do Poder Judiciário, porque, no âmbito desse Poder, julgar é tudo. Ele existe para prestar a jurisdição estatal e para isso é que é forrado de competências e atribuições. Não assim com os Tribunais de Contas, que fazem do julgamento um dos muitos meios ou das muitas competências para servir à atividade-fim do controle externo. [...]

Por outro aspecto, ajunte-se que nenhum Tribunal de Contas é tribunal singelamente administrativo (ao contrário do que se tem afirmado, amiudadamente). Não pode ser um tribunal tão-somente administrativo um órgão cujo regime jurídico é centralmente constitucional. É dizer: os Tribunais de Contas têm quase todo o seu arcabouço normativo montado pelo próprio Poder Constituinte. Assim, no plano de sua função, como respeitadamente às suas competências e atribuições e ainda quanto ao regime jurídico dos agentes que o formam.”¹⁵

Com propriedade, o Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, em judiciosa monografia sobre os vetores da competência julgadora dos TCS, define, com acurado

¹³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 209.

¹⁴ BRITO, Carlos Ayres de. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *FA*, ano 5, n. 47, jan. 2005, p. 4937; vide ainda BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Perspectivas para o controle social e a transparência da Administração Pública*. Brasília: TCU, Instituto Serzedelo Corrêa, 2002; CAVALCANTI, Augusto Sherman. Aspectos da competência julgadora dos Tribunais de Contas. *RDA* n. 137, 2004, p. 327; MOURA E CASTRO, Flávio Régis Xavier de. Os Tribunais de Contas e sua jurisdição. *RTCMG*, ano XXIII, n. 1, 2005; do mesmo autor: *Visão sistêmica das leis orgânicas dos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios do Brasil*. Encontro Luso-Brasileiro dos Tribunais de Contas. Portugal: Estoril, 2003; LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Tribunal de Contas e o Poder Judiciário. *FA*, ano 5, n. 53, jul. 2005, p. 5809.

¹⁵ BRITO, Carlos Ayres de. O regime...cit., p. 4937.

conteúdo lógico, a tríplice dimensão do processo de contas: a dimensão *política*, consubstanciada no julgamento da gestão; a *sancionatória*, consistente na punibilidade do gestor faltoso; e finalmente a *indenizatória*, ou seja, a reparação do dano causado ao erário.

“A primeira dimensão – atinente ao julgamento da gestão do administrador responsável – parece-nos a mais importante entre as três, tendo em vista que realiza o princípio republicano de informar ao povo de como estão sendo utilizados – se bem ou mal – os recursos financeiros que, em sua maioria, lhe foram subtraídos compulsoriamente mediante tributação.

Essa dimensão é de natureza política, pois tende a limitar o poder do Estado-administração na gestão dos bens e valores públicos, evitando ou procurando evitar os atos arbitrários. Tanto sua natureza é política que o julgamento pela irregularidade das contas, em decisão irrecorrível, pode vir a acarretar uma conseqüência política, qual seja: a declaração, no âmbito da Justiça Eleitoral, de inelegibilidade do gestor faltoso, pelo período de cinco anos. [...]

Note-se que a dimensão política do processo é autônoma e determinante das outras. Para que ela se realize, basta que o processo tenha constituição e desenvolvimento válido.

A dimensão sancionatória, entretanto, é dependente e determinada pela política. É dependente porque, sem a apreciação dos atos de gestão, não poderá haver aplicação da pena ao administrador faltoso. É determinada porque a punição do administrador decorre do reconhecimento, no julgamento, da ocorrência de irregularidade na gestão. [...]

A terceira dimensão diz respeito à reparação do prejuízo causado ao erário. Tem ela natureza indenizatória, sendo também dependente e determinada pela dimensão política. Exsurge ela do reconhecimento, no julgamento das contas, da ocorrência de dano ao erário.

À dimensão indenizatória aplicam-se as normas gerais regedoras da responsabilidade civil subjetiva. Assim para a condenação em débito, além da ocorrência do dano, faz-se necessário outros dois requisitos: o nexó de causalidade entre o dano e os atos (ou omissão) do gestor e ação (ou omissão) culposa ou dolosa.”¹⁶

¹⁶ CAVALCANTI, Augusto Sherman. Aspectos da competência julgadora dos Tribunais de Contas. *RDA* n. 237, jul./set.2004, p. 327-339.

4. A aplicação de penalidades pelos Tribunais de Contas

Para o exercício do controle da prestação de contas dos ordenadores de despesa e, portanto, efetivando os princípios dos arts. 37 e 70 da Constituição Federal, os Tribunais de Contas exercem sua competência de fiscalizar e orientar.

A função orientadora das Cortes de Contas insere-se no amplo esforço de aprendizagem institucional, processo contínuo e abrangente, a envolver tanto os administrados quanto os próprios servidores, no sentido do aperfeiçoamento político-organizacional da Administração Pública. Uma das variáveis intervenientes nesse processo é, precisamente, o fator *sanção* – pois, como é de todos sabido, o comportamento administrativo é frequentemente dissociado da palavra legal.

Portanto, cumpre remeter, sinteticamente, aos textos legislativos que autorizam o Tribunal de Contas a aplicar penalidades. Inicialmente, leia-se o art. 70 da Constituição Federal, que estabelece o *dever da prestação de contas*.¹⁷

Como foi visto em outro tópico deste estudo, as diretrizes sobre o exercício da jurisdição dos TCs encontram-se no art. 71 da Constituição. Especificamente, a aplicação de penalidades situa-se nos incisos VIII, IX e X, complementados pelos parágrafos 1º, 2º e 3º.¹⁸

A jurisprudência abordou iterativamente a aplicação de penalidades pelos Tribunais de Contas.¹⁹ E a Lei Orgânica do TCU, Lei 8.443, de 16/7/92, reitera em seu primeiro artigo, inciso IX, a competência dessa Corte para “aplicar aos responsáveis”

¹⁷ Constituição Federal, art. 70: “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

¹⁸ Constituição Federal, art. 71: “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; § 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito. § 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.”

¹⁹ STF, MS 24.421, 24.423, 25.092. TCU, Acórdãos 172/2004 e 2254/2005; STJ, ROMS 17.996, BLC n. 6, 2007, p. 619.

(pelas irregularidades ou abusos apurados) “as sanções previstas nos arts. 57 a 61 desta lei;”

Antes de especificar as sanções cabíveis, delimita-se, no art. 8º da mesma Lei Orgânica, o papel da autoridade administrativa competente, no sentido da apuração dos fatos, tendo em vista a *tomada de contas especial* pelo Tribunal. Um elemento indispensável é a *quantificação do dano*.²⁰

O art. 55 do mesmo texto legal busca resguardar os direitos e garantias individuais com a previsão do tratamento sigiloso das denúncias, até decisão definitiva sobre a matéria. O denunciante é protegido contra sanções decorrentes de seu ato – “salvo em caso de comprovada má-fé”.

As penalidades aplicáveis encontram-se no art. 56 a 61 do referido diploma. Tais artigos reiteram disposições constitucionais pertinentes, ao estabelecer que a multa pode ser aplicada, quando o responsável for julgado em débito, em até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário. Fortalecendo o sentido da dosimetria, explicita Jacoby Fernandes o limite máximo constitucional da aplicação da multa:

“A Constituição Federal, porém, fixou critério e limite máximo para aplicação da multa em caso de dano: há de ser proporcional à extensão do dano causado ao erário. Logo não pode ultrapassar de 100% do valor do dano.”²¹

Outro tipo de multa – em valor atualizado periodicamente e em dosimetria segundo a gravidade da infração (art. 58) – pode aplicar-se aos responsáveis pelas seguintes ocorrências:

²⁰ Lei 8.443/92, art. 8º: “Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano. § 1º Não atendido o disposto no *caput* deste artigo, o Tribunal determinará a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento dessa decisão. § 2º A tomada de contas especial prevista no *caput* deste artigo e em seu § 1º será, desde logo, encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento, se o dano causado ao erário for de valor igual ou superior à quantia para esse efeito fixada pelo Tribunal em cada ano civil, na forma estabelecida no seu regimento interno. § 3º Se o dano for de valor inferior à quantia referida no parágrafo anterior, a tomada de contas especial será anexada ao processo da respectiva tomada ou prestação de contas anual do administrador ou ordenador de despesa, para julgamento em conjunto.”

²¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais...cit.*, p. 396.

- “I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta lei;
- II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;
- III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário;
- IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal;
- V - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas;
- VI - sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;
- VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.”

O débito decorrente de multa aplicada pelo TCU nos termos do art. 57 da Lei Orgânica do TCU, quando pago após o seu vencimento, admite correção monetária. Essa multa – registre-se – não se confunde com a multa aplicável ao *gestor, ao licitante ou ao contratado*, prevista no art. 87, II da LNL.²² Todavia, os dois tipos de multa têm pontos comuns. Ambos exigem o exercício prévio do contraditório e da ampla defesa,²³ e ambos devem obedecer ao princípio da dosimetria.²⁴

Jacoby Fernandes recorre à análise de Luciano Ferraz para distinguir e classificar as multas aplicáveis:

“Coube a Luciano Ferraz vislumbrar a distinção e classificar as multas da competência dos tribunais de contas.

Distingue a multa-coerção e multa-sanção. A primeira ‘tenciona obrigar os sujeitos, administradores de recursos públicos, ao cumprimento de obrigações públicas impostas por lei’. E prossegue: ‘Há multas previstas nas Leis Orgânicas e nos regimentos internos destes órgãos que se dirigem mesmo à punição dos infratores (multa-sanção)’. (NR 885: FERRAZ, Luciano. Poder de coerção e poder de sanção dos tribunais de contas – competência normativa e devido processo legal. *Revista do*

²² Lei 8.666/93, art. 87: Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...] II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; [...] § 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

²³ Art. 5º, LV da Constituição Federal, c/c a Súmula Vinculante nº 3 do STF.

²⁴ Vide MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações...cit.*, p. 683-685, especificamente notas 1368-1374.

Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 43, n. 2, abr./jun. 2002, p. 129).

No primeiro caso, devem as leis prever multa diária para forçar o cumprimento imediato quando se tratar de obrigação de fazer.”²⁵

Além das multas, entretanto, a referida Lei Orgânica prevê, em infrações consideradas graves pela maioria absoluta dos membros, o impedimento do responsável para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública, por cinco a oito anos (art. 60). Poderá ainda o TCU solicitar, por intermédio do Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas, “as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e sua restituição” (art. 61).

A explicitação detalhada de tais penalidades figura na Resolução 155, de 4/12/02, Regimento Interno do TCU, especificamente arts. 214, 236, 245, 266, 270 e 271.²⁶

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes sintetiza os tipos de penalidades que podem ser aplicados pelos TCs: (a) inabilitação para o cargo em comissão (art. 60 da Lei 8.443/90); (b) declaração de inidoneidade de empresas (art. 46 da Lei 8.443/90); e (c) multa – pena pecuniária (arts. 57 a 61 da mesma Lei).²⁷

Quanto à aplicação da penalidade pecuniária, representa tipicamente a “dimensão sancionatória” da ação dos Tribunais de Contas e sua legalidade é iterativamente reafirmada pela jurisprudência.²⁸ Doutrinariamente, incisiva síntese foi assentada por Ferreira Custódio:

“c) as decisões dos Tribunais de Contas que atribuírem a qualquer agente público responsabilidade por débito decorrente de sua atuação como tal, em montante determinado ou determinável, ou que lhe apliquem penalidade pecuniária, gozam, independentemente de inscrição em dívida ativa, de eficácia executiva, constituindo-se em título executivo extrajudicial; ou, em outras palavras, somente adquirem a eficácia executiva as decisões que satisfaçam os requisitos substanciais: ‘a

²⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais...cit.*, p. 404.

²⁶ Ainda, a título ilustrativo, entre várias normativas expedidas pelo TCU sobre o tema central deste estudo, pode-se lembrar a Instrução Normativa 57, de 27/8/08, que estabelece normas de apresentação dos relatórios de gestão e dos processos de contas da Administração Pública Federal; vejam-se, notadamente, os arts. 10 e 11.

²⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais...cit.*, p. 392-394.

²⁸ STJ, ROMS 11.426 – MG (1999/0114955-0), Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 4/6/01.

certeza do direito (ou seja, a determinação da natureza deste e de seu objeto) e a liquidez (que é o conhecimento real ou potencial do *quantum* dos direitos de crédito)’ (Dr. Cândido R. Dinamarco, *op. cit.*, p. 200/1).”²⁹

Creemos que o ideal da justiça nas contas públicas deverá ser representado pela *proporcionalidade* entre as multas aplicadas pelos TCs, o ilícito concretamente praticado e o valor apurado, de acordo com um correto “sistema de custos”, consoante previsto no art. 50, § 3º da Lei de Responsabilidade Fiscal (embora, como comentado, tal sistema ainda não se encontre suficientemente implementado na administração financeira do País)

Outras ponderações atinentes ao princípio da *razoabilidade* admitiriam levar em consideração variáveis intervenientes, como a boa fé do gestor e a regularidade dos exercícios pretéritos de gestão, incluindo os valores corretamente movimentados.

5. Alcance instrumental da jurisdição do Tribunal de Contas no campo das licitações e contratos

5.1 Representação ao Tribunal de Contas por parte de licitante, contratado ou qualquer interessado

Há muito defendemos que, no contexto das licitações públicas, a renúncia ao direito de impugnar os termos do edital porventura viciado (art. 41, § 2º da Lei 8.666/93, Lei Nacional de Licitações e Contratos), não apenas produz o efeito de decadência do direito perante a Administração, como também inviabiliza a interposição do mandado de segurança, por ausência de manifestação temporânea do interesse de agir. No nosso entender, trata-se de precisa aplicação do brocardo *dormientibus non succurrit jus*.³⁰

²⁹ CUSTÓDIO, A. J. Ferreira. Eficácia das decisões dos Tribunais de Contas. *RDA* n. 185, jul./set. 1991, p. 63-76. Ainda quanto à análise doutrinária sobre as funções jurisdicionais dos Tribunais de Contas, vide FERREIRA, Diogo Ribeiro. Regime jurídico da prescrição sob o enfoque do controle de contas públicas. *RTCEMG*, v. 68, n. 23, jul./set. 2008, p. 35-46; COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. As funções jurisdicional e opinativa do Tribunal de Contas. *RTCEMG*, v. 39, n. 2, abr./jun. 2001, p. 45-115; MARIZ, Fábio Deyves. Competência constitucional dos Tribunais de Contas: uma visão geral. *RTCEMG*, v. 61, n. 4, out./dez. 2006, p. 73-97; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Os Tribunais de Contas e a estrutura da contratação. *FCGP*, ano 3, n. 33, set. 2004, p. 4289-4300.

³⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações ... cit.*, p. 481-484. Nessa linha, vide: CRISTOVAM, José Sérgio da Silva. O mandado de segurança e a impugnação de concorrência pública por não licitante – Uma análise acerca da legitimidade de agir. *ILC* n. 111, mai. 2003, p. 421-422; e a jurisprudência do TJSC, ApMS 96000893-4.

Nesse caso, qual a alternativa disponível ao participante de licitação que não tenha utilizado o instrumento da impugnação e, em face de uma ilegalidade, necessite de uma medida heróica, rápida e não-onerosa?

Essa medida é, exatamente, a *representação* ao Tribunal de Contas.

Estatui expressamente o art. 113 da Lei Nacional de Licitações – LNL:

“Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”

5.2 A expedição de medida cautelar pelo Tribunal de Contas

Diante da legitimidade e fundamentação de tal representação, o Tribunal de Contas poderá expedir medida cautelar, caso haja incidência de dano, demora de providências corretivas ou eventual interrupção destas pela via ordinária. Veja-se, a propósito, o art. 276 do Regimento Interno do TCU, Resolução 155, de 4/12/02:

“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 ou a direito alheio 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.”

Exemplificativamente, no Processo TC 927.102/98, o eminente Ministro Benjamin Zymler, em voto condutor do Acórdão 137/1999, defendeu a expedição de medida cautelar pela Corte de Contas para suspender procedimento licitatório que havia confrontado o art. 17, inc. I da LNL.³¹

Em outra ilustração, já mencionada pelo Conselheiro Flávio Régis, do TCEMG, em relatório citado anteriormente nestas páginas, a decisão do STF, no MS 24510/DF, referendou definitivamente o uso da medida cautelar pelo Tribunal de Contas:

“Procedimento licitatório. Impugnação. Competência do TCU. Cautelares. Contraditório. Ausência de instrução. 1 – Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões. 3 – A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4 – Violação do contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem.”³²

5.3 Inviabilidade jurídica do controle prévio da legalidade dos editais de licitação pelo Tribunal de Contas

Nos últimos tempos tem-se ampliado a presença dos TCs no início da chamada fase externa da licitação, quando as pessoas elencadas no art. 116, § 1º da Lei 8.666/93 (qualquer licitante, contratado ou pessoa física) vêm eventualmente denunciar,

³¹ TCU, TC 927.102/98, Acórdão 137/1999: Tribunal de Contas. Medida cautelar. *Periculum in mora*. Cabe adoção no Tribunal de Contas de medida cautelar, se houve *periculum in mora* na venda de imóvel por entidade autárquica. RDA n. 216, abr./jun. 1999, p. 295-300.

³² STF, MS 24.510-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 19/3/04. Vide ainda MS 26.547-DF, Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo STF* n. 468, 30/5/07.

por representação, irregularidades na aplicação da Lei Nacional de Licitação. Basta acompanhar, por exemplo, as atas do TCU, para constatar sua acentuada e oportuna presença no exame e decisão das denúncias e questionamentos havidos nessa fase.

Como mencionado em tópico anterior deste estudo, as Cortes de Contas estão solidamente legitimadas para suspender atos convocatórios de licitação ilegais, bem como recomendar o reexame de contratos, em razão do art. 71, IV da Constituição Federal e no poder de cautela assegurado pelo Supremo Tribunal Federal. E é ponto pacífico que a verificação e análise final dos editais e seus anexos por parte dos departamentos técnicos dos órgãos e entidades da Administração é condição para a validade de todo o procedimento.

Todavia, entendemos que o momento atual das organizações públicas obrigaria, de fato, a um controle mais presencial e preventivo. O fato consumado traz, sabidamente, um ônus maior que o trabalho educacional consubstanciado em auditorias preventivas e na orientação institucional. Acerca das irregularidades verificadas em editais, registre-se a afirmativa do Conselheiro Reynaldo Sant'Anna, do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro:

“A única forma de impedir tais práticas está no exame dos editais pelos Tribunais de Contas, antes da realização da licitação. Do contrário, cairíamos no fato consumado que, infelizmente em nosso país, tem mais eficácia que o direito adquirido, a coisa julgada ou o ato jurídico perfeito.”³³

Em nossa opinião, essa ação preventiva poderia e deveria ser ampliada. Sempre entendemos como plenamente aceitável o *exame prévio* dos editais pelos Tribunais de Contas, acompanhado de manifestação temporânea sobre a legalidade dos mesmos, segundo plausível interpretação do art. 113, § 2º da Lei 8.666/93. Permite esse dispositivo que os Tribunais de Contas e órgãos de controle do sistema interno solicitem para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópias do edital de licitação já publicado, para adoção de medidas corretivas, se for o caso.³⁴

Aliás, a matéria figura na alínea **b** do inciso I do art. 41 da Lei 8.443/92, estendido o exame aos contratos administrativos, convênios, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres (vide arts. 62, § 2º, e 116 da Lei 8.666/93).

³³ SANT'ANNA, Reynaldo. Licitação ou ilicitação. *O Globo*, nov. 1991. Vide ainda LEVY, José Luiz. A suspensão imediata de atos da administração determinada cautelarmente pelos Tribunais de Contas. *ILC* n. 129, nov. 2004, p. 1047.

³⁴ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações...cit.*, p. 719.

Essa tese interpretativa foi adotada pela Deliberação 191/1995 do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro³⁵ e, diante de ação judicial interposta, chegou a ser acolhida pelo STJ.³⁶ Entretanto, a tese tem sua contraposição doutrinária e jurisprudencial, tendo ocasionado considerável polêmica, hoje devidamente equacionada pelo Supremo Tribunal Federal.

Durante a realização do XXII Congresso de Direito Administrativo, em outubro do corrente ano em Brasília, estando três dos Ministros do STF (Carlos Ayres de Brito, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Marco Aurélio Mello) presentes ao evento, tivemos a produtiva experiência de assistir a palestra do Ministro Marco Aurélio Mello. No decurso da mesma, foi-nos informado que a questão do exame prévio dos editais pelo TC sofrera recente reexame pelo STF. Aquele egrégio Sodalício entendera que a Deliberação do TCERJ teria, de fato, invadido competência da esfera legislativa privativa da União – não cabendo, outrossim, às Cortes de Contas o exame prévio dos editais. Como segue:

“Tribunal de Contas Estadual e Controle Prévio de Licitações. A Turma proveu recurso extraordinário para conceder a segurança impetrada em favor de servidor público condenado, por Tribunal de Contas estadual, ao pagamento de multa pelo não envio automático de cópia de edital de concorrência para controle prévio perante aquela Corte. Asseverou-se que, no caso, discutia-se o avanço de Resolução editada pelo recorrido sobre disciplina federal relativa ao tema, que autoriza o controle prévio quando houver solicitação do Tribunal de Contas para a remessa de cópia do edital de licitação já publicado (Lei 8.666/93, art. 113, § 2º). Enfatizou-se a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (CF, art. 22, XXVII) e o fato de a Lei de Licitações *não impor o mencionado controle*

³⁵ Deliberação TCE nº 191/95, art. 1º: Para os fins do disposto no art. 39, II, *e e f* da Lei Complementar nº 63/90 e no art. 113, § 2º da Lei Federal nº 8.666/93, os órgãos ou entidades da Administração Direta do Estado e dos Municípios, bem como os da Administração Indireta e Fundacional, de todos os Poderes, compreendendo autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado ou pelos Municípios, como também os fundos especiais, encaminharão, por cópia, ao Tribunal de Contas, na forma e nos prazos definidos nesta Deliberação: I – atos unilaterais: a) editais de licitação por concorrência pública. [...] Art. 2º O envio ao Tribunal de Contas dos atos mencionados nos incs. I e II, do art. 1º se dará no prazo máximo de 5 (cinco) dias após sua publicação, nos termos da legislação em vigor.”

³⁶ Vide STJ, ROMS 17.996-RJ, BLC n. 6, 2007, p. 619, sobre descumprimento, pelo agente público, da remessa prévia de edital ao Tribunal de Contas, sob alegação de inconstitucionalidade; reza a decisão: “Não é permitido a este eg. Sodalício criar um controle de inconstitucionalidade *a latere* não contemplado pelo nosso ordenamento jurídico, na medida em que não se deve dar respaldo a que um agente público se negue a cumprir preceito de lei ainda não afastado do nosso ordenamento jurídico.”

prévio sem que exista solicitação para a remessa do edital antes de realizada a licitação. Considerou-se incabível, tanto do ponto de vista lógico quanto do ponto de vista formal, que os Poderes Executivo e Judiciário, em cada processo de licitação, sejam obrigados a encaminhar, previamente, ao Tribunal de Contas estadual os editais de licitação, bem como ficar aguardando a aprovação, ou não, da legalidade do certame. Dessa forma, concluiu-se que a exigência feita por atos normativos do recorrido sobre a remessa prévia do edital, sem qualquer solicitação, invadiria a competência legislativa distribuída pela Constituição, já exercida pela Lei 8.666/93, que não contém essa determinação. Em consequência, reputou-se que a penalidade imposta ao recorrente careceria de fundamento legal. A Min. Cármen Lúcia, embora ressaltando não ver inconstitucionalidade em leis estaduais que estabeleçam, por lei específica, essa obrigatoriedade, acompanhou o relator na conclusão, ao entendimento de que, na espécie, ante a falta de norma estadual disposta sobre tal imposição, não haveria como se criar, por Resolução, cominações no sentido de se multar alguém por ter descumprido o que não era compelido a fazer.” (grifos nossos)³⁷

Tal decisão vem confirmar as conclusivas considerações de Jacoby Fernandes em monografia sobre o tema:

“3ª. conclusão: O Tribunal de Contas pode solicitar edital para exame, mas não se exige aprovação prévia do Tribunal de Contas para a validade do ato.[...]

7ª. conclusão: Para os Tribunais de Contas há uma faculdade de pedir determinado edital para exame. Não há previsão legal para determinar a remessa dos editais aos Tribunais de Contas; norma com esse teor fere o princípio elementar de que a área fim (no caso, licitadora) não deve trabalhar para a área meio (no caso, controladora). O Tribunal de Contas pode pedir seja remetido determinado edital, mas falece competência para generalizar a remessa.

8ª. conclusão: O fato do Tribunal de Contas solicitar edital para exame, não implica a suspensão imediata do certame. Se o Tribunal de Contas não delibera expressamente a respeito, fica ao prudente arbítrio da

³⁷ STF, RE 547.063, 7/10/08, Rel. Min. Menezes Direito, *Informativo STF*, disponível em www.stf.jus.br.

autoridade administrativa suspender o certame para aguardar a decisão do Tribunal de Contas ou não.”³⁸

Vemos, portanto, superada a tese que dantes professávamos – ou seja, a possibilidade de generalização do exame prévio dos editais pelos TCs. Abrindo mão de nossa básica simpatia pela tese, admitimos que, efetivamente, não deixa de representar certa ofensa à harmonia e independência dos Poderes, tal como soberanamente dispõe o art. 2º da Constituição Federal.

5.4 Contratos: Penalidades *versus* Termo de Ajuste de Gestão

A partir da Lei de Responsabilidade Fiscal, a Administração Pública, através dos controles interno e externo, volta-se cada vez mais para a melhoria da gestão pública.

Luciano Ferraz, em tese pioneira, comentando sobre o controle e a efetividade da ação de governo, em palestra de viva voz, considera que é dentro de uma noção ampliada de eficiência que deve ser verificado o âmbito da prestação de serviços públicos no Brasil. E explicita:

“Porque a Constituição nos dá o manancial para tanto. E mais, diz que o Tribunal de Contas pode realizar auditorias de gestão, auditorias operacionais para verificar a ocorrência desses atos. Veja bem, é necessário ter uma visão ampliada do controle. Não é o controle que vai detectar faltas e aplicar a sanção àquele que não conseguiu atingir metas, não é isso. É tentar acordar, é tentar negociar, consensualizar o atingimento dessas metas na busca de melhores resultados para a própria sociedade.”³⁹

Em outro trabalho referente ao mesmo modelo, o autor fundamenta o modelo de consensualização (TAG – Termo de Ajuste de Gestão), notadamente, nos arts. 4º, inc. VII e 71, inc. VI da Constituição Federal; e relata sua experiência na Controladoria do Município, bem como a base lógica então seguida:

³⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Controle das licitações pelo Tribunal de Contas. *RDA* n. 239, jan./mar. 2005, p. 95-110.

³⁹ FERRAZ, Luciano. Tribunal de Contas – controle de serviço concedido. *RDA* n. 239, jan. mar. 2005, p. 439-455.

“A idéia fundamental subjacente ao modelo proposto foi a alteração da lógica dos mecanismos de controle, que deixam de ser visualizados numa vertente estritamente sancionatória – visão típica do Direito concebido como ordem de coerção –, para se afirmar como meio de pacificação negociada das controvérsias na ordem interna, na conformidade do que preceitua o Preâmbulo da Constituição da República de 1988. [...]

É que na lógica do controle-sanção não há meio termo: ou a conduta do controlado é conforme as regras e procedimentos ou não é: neste último caso, deve-se penalizar o sujeito, independentemente das circunstâncias práticas por ele vivenciadas na ocasião e das conseqüências futuras, às vezes negativas para o próprio funcionamento da máquina administrativa.

É nesse cenário que restou concebida a idéia de produção de instrumentos consensuais de controle, com o objetivo deliberado de substituir parcialmente o controle-sanção pelo controle-consenso; o controle-repressão pelo controle-impulso.”⁴⁰

No âmbito das licitações e contratos, *essa tese tem extensa aplicação*. Por exemplo, no sentido de solucionar as distorções de preços durante a execução contratual, surgem propostas interessantes como o chamado “ajustamento de conduta”, que sem dúvida será brevemente institucionalizado na letra legal. O “Termo de Ajustamento de Conduta Administrativa” e a “Comunicação Espontânea de Irregularidade Administrativa” são documentos de compromisso a serem instituídos por Resolução (proposta pelo Ministro do TCU Augusto Nardes), no sentido de acrescentar dispositivos ao Regimento Interno do TCU. Têm ambos como objetivo promover correções administrativas para o atendimento às orientações técnicas do Tribunal, ajustando a conduta das pessoas jurídicas em face de irregularidades detectadas.

Os instrumentos propostos, ainda em trâmites para aprovação, possuem o mérito de evitar a medida radicalmente punitiva da paralisação de obras nas quais tenha havido detecção de irregularidades. O ajustamento de conduta é solução menos drástica e igualmente eficaz.

5.5 Atuação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ: conflito ou complementaridade?

⁴⁰ FERRAZ, Luciano. Controle consensual da administração pública e suspensão do processo administrativo disciplinar (SUSPAD) – A experiência do Município de Belo Horizonte. Disponível em www.sfc.fazenda.gov.br/Eventos.

Uma das questões que impactam, contemporaneamente, a jurisdição dos Tribunais da Contas é a expressa competência do Conselho Nacional de Justiça para o exame da legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, face à Emenda Constitucional nº 45, de 8/12/2004.

Art. 103-B. [...]

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: [...]

II - *zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;*”

Essa competência, evidentemente, inclui o exame *in totum* da consistência jurídica dos atos e dos procedimentos licitatórios, incluindo-se o processo (fase interna ou preparatória) e o procedimento (fase externa).

A própria legislação orçamentária da União vem reforçar esse entendimento, na medida em que a Lei 11.768, de 14/8/08 (LDO/09), no art. 14, estatui:

“Art. 14. Os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público da União encaminharão à Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio do Sistema Integrado de Dados Orçamentários - SIDOR, até 15 de agosto de 2008, suas respectivas propostas orçamentárias, para fins de consolidação do Projeto de Lei Orçamentária de 2009, observadas as disposições desta Lei.

§ 1º As propostas orçamentárias dos órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público da União, encaminhadas nos termos do *caput* deste artigo, deverão ser acompanhadas de parecer do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, de que tratam os arts. 103-B e 130-A da Constituição, respectivamente, que constarão das informações complementares previstas no art. 10 desta Lei.

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo ao Supremo Tribunal Federal e ao Ministério Público Federal.

Ora, o Anexo III da vigente LDO, ao explicitar uma longa relação de informações complementares ao Projeto de Lei Orçamentária 2008, no seu item XXXIV, exige “demonstrativo com a relação dos projetos de grande vulto, conforme definidos no art. 10 da Lei no 11.653, 7 de abril de 2008”, e explicita detalhadamente qual deverá ser o conteúdo desse demonstrativo.⁴¹ Destaque-se a obrigatoria demonstração de que o *custo global* de obras e serviços, executados com recursos dos orçamentos da União, corresponda a *custos unitários* de insumos ou serviços “iguais ou menores que a mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal” (art. 109 da mesma Lei).⁴²

É evidente a preocupação orçamentária e do cumprimento de metas da LRF nos citados textos, além da demonstração de que a possível contratação não lesará ao Tesouro, se atende às regras de disciplina fiscal.

Fica, portanto, evidenciado que o CNJ toma conhecimento prévio dos projetos de grande vulto (art. 14, § 1º Lei 11.768/08 c/c art. 10 Lei 11.653/08), que certamente dependem de licitação e contratação. Ora, o referido exame prévio inclui a verificação da legislação de regência, exemplificativamente Lei 8.666/93, LC 101/00, Lei 4.320/64, PPA, LDO, LOA etc.

Ilustrando cabalmente o exercício regular da competência do CNJ, cite-se o judicioso voto do eminente Conselheiro Altino Pedroso Santos, que redirecionou questão relativa aos depósitos judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.⁴³ A decisão do CNJ, no referido caso do TJMG, serve de precípua exemplo da faixa de atuação reservada a esse Conselho, que não discute a atribuição do TC e

⁴¹ Lei 11.768/08, Anexo III, item XXXIV: “a) especificação do objeto da etapa ou da obra, identificando o respectivo subtítulo orçamentário; b) estágio em que se encontra; c) valor total do projeto; d) cronograma físico-financeiro para sua conclusão; e) etapas a serem executadas com as dotações consignadas no Projeto de Lei Orçamentária de 2009 e estimativas para os exercícios de 2010 e 2011; f) demonstração de que os custos da obra atendem ao disposto no art. 109 desta Lei;”

⁴² Vide TCU, Acórdãos 1736/2007 e 2215/2008.

⁴³ Procedimento de Controle Administrativo nº 2008.20.00.000248-8. “Depósitos judiciais. Contas. Administração. Obrigatoriedade de licitação. Preferência das instituições bancárias oficiais. 1. A administração de contas de depósitos judiciais constitui prestação de serviços por instituição financeira e sua concessão pelo Poder Judiciário há de ser precedida de licitação, diante do disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e na Lei nº 8.666/93. 2. Nos termos do artigo 666, inciso I, do Código de Processo Civil e leis correlatas, os depósitos judiciais devem, preferencialmente, como regra, ser realizados em estabelecimento de crédito oficial, admitindo-se que o sejam em estabelecimento de crédito privado apenas na hipótese de inexistência daquele na localidade da sede do Poder Judiciário. 3. Procedimento de Controle Administrativo de que se conhece e se julga precedente.”

tampouco a contesta, mas exerce o seu papel em tempo próprio, dando efetividade ao art. 37, XXI da CF.

A missão institucional do CNJ utiliza, pois, mecanismos próprios de “aperfeiçoamento da máquina administrativa” que de forma alguma excluem a competência das Cortes de Contas, mas mantêm com estas uma saudável relação de complementaridade.

6. Questões polêmicas sobre a jurisdição dos Tribunais de Contas

6.1 Tribunal de Contas e Tribunal de Justiça: conflito de jurisdição?

Trazendo as considerações teóricas para o chão da realidade administrativa brasileira, temos presenciado, concretamente, alguns desencontros decisórios entre a instância do controle externo e a instância judiciária.

Ilustramos essa afirmativa com um exemplo ocorrido entre o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e o Tribunal de Justiça do mesmo Estado. Na Representação 692915,⁴⁴ o Conselheiro do TCEMG, Flávio Régis de Moura e Castro, relata uma situação factual de suspensão de um certame licitatório, em que o Poder Judiciário concedera liminar para o prosseguimento do certame. Em sua fundamentação, discorre sobre a jurisdição do Tribunal de Contas:

“O fundamento do pedido de reconsideração cinge-se ao fato de o Poder Judiciário já ter refutado, na decisão que concedeu efeito suspensivo ao agravo de instrumento, a irregularidade que motivou a concessão da medida liminar de suspensão do certame.

Sobre esse aspecto, em que pese a manifestação judicial favorável ao prosseguimento da licitação, tal fato por si só não basta para afastar a determinação desta Corte, pois a jurisdição sobre a matéria pertence ao Tribunal de Contas.”

O eminente Relator pontifica que, ao contrário do que se subentende nas razões recursais, há equívoco no senso comum de que a *‘jurisdictio’* é atribuição exclusiva do Poder Judiciário. Citando Seabra Fagundes, faz referência à atribuição expressa, pela Constituição de 88, do poder jurisdicional à Corte de Contas da União

⁴⁴ TCEMG, Segunda Câmara, Representação 692915, Ata da 1ª. Sessão Ordinária em 1/3/05, DOE de 5/5/05.

(art. 73), “cuja aplicação abarca os Tribunais de Contas estaduais, por força do princípio da simetria concêntrica contido no art. 75 da Lei Maior.” E prossegue, citando Carlos Ayres de Brito, em palestra de 1991:

“O Tribunal de Contas cuida de controlar e fiscalizar – a Constituição usa essa expressão várias vezes – e de verificar a legalidade e a irregularidade (legalidade das despesas e regularidade das contas). Vejam que dimensão normativa. Controlar é julgar, é avaliar, é emitir juízo de valor para decidir. E fiscalizar é apreciar, é investigar. Fiscalizar, investigar, diligenciar, inspecionar, vistoriar, então o Tribunal de Contas fiscaliza para controlar, e controle já á julgamento. E o Tribunal de Contas, tal como o Poder Judiciário, julga. E naquela matéria de sua competência o mérito não pode ser revisto pelo Poder Judiciário. A Constituição aquinhoa o Tribunal de Contas com competências que não são do Congresso Nacional e com competências que não são do Poder Judiciário. O Poder Judiciário tem a força da resvivibilidade das decisões do Tribunal de Contas, porém, num plano meramente formal, para saber se o devido processo legal foi observado, se direitos e garantias individuais foram ou não respeitadas. Porém, o mérito da decisão o controle, que é próprio do Tribunal de Contas [...] é insindicável pelo Poder Judiciário.”⁴⁵

Na seqüência de seu relatório, o Conselheiro cita a lição de Pontes de Miranda: “muito extravagante seria que, tendo a União o seu Tribunal de Contas, com atribuição explícita de julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, tivesse de subordinar tais contas a outros juízes locais”. E ilustra tal lição com decisão do STF, que, ainda na vigência da Carta anterior, já reconhecia a competência e a jurisdição do Tribunal de Contas.⁴⁶ Aduz, ainda, decisão mais recente do mesmo STF, relativa a matéria licitatória:

“[...] cabe à Corte de Contas o exame de editais de licitação publicados, o que se concilia com a sua competência de assinar prazo para que o órgão ou a entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade.

⁴⁵ BRITO, Carlos Ayres de. Palestra proferida no Encontro Nacional de Conselheiros de Tribunais de Contas, Rio de Janeiro, 30/3/01, citado no Relatório da Representação 692915 do TCEMG.

⁴⁶ STF, Pleno, MS 7280, Rel Henrique D’Ávila, publicado em 17/9/62, p. 460, Ement V. 430-01, p. 99, RTJ v. 14-1, p. 96, citado no Relatório da Representação 692915 do TCEMG.

[...] por outro lado, se a Corte de Contas tem legitimidade para determinar que os órgãos ou entidades da administração adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, com maior propriedade possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares como a ora impugnada, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como garantir a efetividade das suas decisões.”⁴⁷

O capcioso caso mereceu a seguinte conclusão:

“Pelo exposto, em resposta unicamente ao apelo de reconsideração, entendo que não basta a decisão provisória proferida na via judicial para conferir a pretendida regularidade aos pontos inquinados do edital, cuja determinação de modificação para atendimento ao exato cumprimento da lei será decidida em julgamento final nos termos do inciso IX do art. 71 da Constituição Federal.”⁴⁸

6.2 Os Tribunais de Contas podem exercer o controle da constitucionalidade?

Outra postulação que causa certa polêmica, relativa ao exercício da jurisdição dos Tribunais de Contas, é o cumprimento da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal:

“O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.”

Essa Súmula teve importantes repercussões. Quando o Tribunal de Contas declarou inconstitucionais dois textos reguladores da Petrobrás – o art. 67 da Lei 9.478/97 e o Decreto 2.745/98 – obrigando aquela estatal a cumprir as formalidades da Lei 8.666/93, o Ministro Gilmar Mendes, em medida cautelar em mandado de segurança, suspendeu a decisão do TCU, conforme o trecho seguinte:

⁴⁷ STF, Rel Ministra Ellen Gracie, citado no Relatório da Representação 692915 do TCEMG.

⁴⁸ Idem, TCEMG, Segunda Câmara, Representação 692915, *DOE* de 5/5/05. Por outro lado, a Sexta Turma do STJ rejeitou embargos de declaração no RMS 19240, ajuizados pelo TCERJ, concluindo que os TCs não têm legitimidade para recorrer das decisões judiciais que reformem suas decisões administrativas.

“Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual ‘o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público’. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. A urgência da pretensão cautelar também parece clara, diante das conseqüências de ordem econômica e política que serão suportadas pela impetrante caso tenha que cumprir imediatamente a decisão atacada. Tais fatores estão a indicar a necessidade da suspensão cautelar da decisão proferida pelo TCU, até o julgamento final deste mandado de segurança. Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar, para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 39/2006) no processo TC nº 008.210/2004-7 (Relatório de Auditoria). Comunique-se, com

urgência. Requistem-se informações ao Tribunal de Contas da União e à Advocacia-Geral da União. Após, dê-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Brasília, 22 de março de 2006.”⁴⁹

A doutrina, em consonância com a jurisprudência citada, manifesta-se, na pena de Luciano Chaves de Farias:

“É inquestionável, portanto, que aos Tribunais de Contas não compete a declaração de inconstitucionalidade de lei, competência essa restrita aos órgãos do Poder Judiciário. O que lhes assegura a ordem jurídica, no controle dos gastos públicos, é a inaplicabilidade de lei que afronta a Constituição, pois há de se distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não-aplicação de leis inconstitucionais.”⁵⁰

Há que perfilhar tal afirmativa, porquanto as Cortes de Contas, no exercício de sua jurisdição prevista no art. 71 da Constituição, como guardiãs do patrimônio público e como vigilantes atentas do “desgoverno”, não se permitiriam certamente aplicar norma legal que ofendesse a letra constitucional e os princípios inscritos nos arts. 37 e 70 da Lei Maior.

Temos que, enquanto não for julgado o mérito do citado MS 25.888, prevalecerá inquestionavelmente a liminar concedida pelo Ministro Gilmar Mendes, *supre-transcrita em parte*.

Não podemos deixar de lembrar, a propósito, a conhecida assertiva da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha:

“Não diz a constitucionalidade quem quer, mas quem pode. Este ‘poder-competência’, por ser garantia da Constituição e segurança do direito à constitucionalidade, é afirmado pela própria norma magna, que não deixa o instrumento de controle diluído, pena de deixar a Constituição ser interpretada e aplicada segundo os entendimentos mais variados, inclusive simultaneamente, sempre em detrimento dos indivíduos, que

⁴⁹ STF, MS 25.888 MC / DF, Decisão do Ministro Relator – Monocrática, Rel . Min. Gilmar Mendes, Julg. 22/03/2006, *DJ* 29/03/2006.

⁵⁰ FARIAS, Luciano Chaves de. O poder dos Tribunais de Contas de examinar a constitucionalidade das leis e normas. *BDA* n. 10, 2006, p. 1137-1144. Vide ainda: BOGONI, Flávia. Os Tribunais de Contas e o controle de constitucionalidade: ponderações acerca da Súmula 347 do STF. *FA*, ano 8, n. 91, set. 2008, p. 61-72.

não teriam a segurança que as leis oferecem. Nem se afirme que o Estado deve cumprir a lei. Todos devem, inclusive os particulares.”⁵¹

6.3 Os Tribunais de Contas estaduais podem reexaminar decisões fazendárias contrárias ao erário?

A indagação em epígrafe era periodicamente levantada em núcleos jurídico-administrativos estaduais, assumindo diferentes soluções caso a caso. Tomou forma afirmativa na Constituição do Estado do Paraná, em seu art. 78, § 3º. E o Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, na relatoria do Ministro Eros Grau, soube colocar um ponto de equilíbrio em uma concepção talvez exacerbada do âmbito de atuação das Cortes estaduais. Como segue:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigo 78, § 3º da Constituição do Estado do Paraná. Possibilidade de reexame, pelo Tribunal de Contas Estadual, das decisões fazendárias de última instância contrárias ao erário. Violação do disposto no artigo 2º e no artigo 70 da Constituição do Brasil.

1. A Constituição do Brasil – artigo 70 – estabelece que compete ao Tribunal de Contas auxiliar o Legislativo na função de fiscalização a ele designada. Precedentes.
2. Não cabe ao Poder Legislativo apreciar recursos interpostos contra decisões tomadas em processos administrativos nos quais se discuta questão tributária.
3. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 78 da Constituição do Estado do Paraná.”⁵²

7. A presença interna do Ministério Público como mecanismo de fortalecimento da jurisdição dos Tribunais da Contas

A indispensável independência do controle externo da Administração foi abordada por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em apreciado artigo no *Correio Braziliense*, no qual defendeu a presença dos representantes do Ministério Público junto às Cortes de Contas. À natural indagação sobre o risco de tal presença “desnaturar o

⁵¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 120.

⁵² ADI 523-5/ PR, Rel. Min. Eros Grau, *DOU* de 3/11/08.

controle” e prejudicar a isenção, o renomado autor responde com a citação de Carlos Ayres de Brito:

“Em consonância com essas considerações, registra o eminente professor de Direito Administrativo e Constitucional Carlos Ayres de Brito, ‘é que podemos compreender porque a Magna Lei enuncia que o Ministério Público comum atua junto ao Judiciário (‘Juízes e Tribunais’), como órgão externo a esse Poder, cumprindo uma função que não é materialmente judicante, ao contrário do Ministério Público especial, que não oficia ao lado do Tribunal de Contas, mas dentro dele, compondo-lhe a intimidade estrutural, porque o ofício que lhe incumbe é tão materialmente fiscalizatório, ou de controle, quanto à global atribuição do Colégio de Contas’.

Se já há um século a função do Ministério público junto aos Tribunais de Contas não poderia ser desempenhada pelo Ministério Público ordinário, razões maiores, hodiernamente, reforçam a existência desse órgão autônomo, com quadro próprio.”⁵³

E prossegue enfatizando que, “além da especialização e celeridade apontadas, o novo ordenamento jurídico-constitucional outorgou ao Ministério Público que atua junto à Justiça novos atributos, muitos deles resultantes de árdua conquista.” Analisa suas “prerrogativas-deveres” estabelecidos nos arts. 129 e 130 da Carta Magna; e registra a resultante harmonia, a intercomplementaridade e a sinergia obtidas com essa colaboração. Assinala, outrossim, que “a relação entre o Corpo Deliberativo e o Ministério Público completará cem anos, e do seu amadurecido convívio muito tem lucrado a Pátria.”⁵⁴

Cabe aduzir a conclusiva observação de Bruno Alves de Brito:

“Fato é que um ministério público exclusivo do Tribunal de Contas, com maior isenção, permite às colendas cortes bom, leal e correto desempenho de suas atribuições, essencialmente técnicas, imunes a critérios políticos, consolidando-se, desta forma, o Ministério Público

⁵³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. *Correio Braziliense*, 14/9/92, p. 3.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 3. Vide ainda PEREIRA, Cláudia Fernandes de Oliveira (Org.). *Controle externo - Temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas*. Belo Horizonte; Fórum, 2008, p. 11.

junto aos tribunais de contas como instituição essencial à estrutura do Estado contemporâneo.”⁵⁵

A magistral conferência do Prof. José dos Santos Carvalho Filho na abertura do XI Congresso Nacional do Ministério Público de Contas – AMPCOM, (Goiânia, 19-21 de novembro de 2008) despertou instigantes reflexões a propósito da realidade atual dos Tribunais de Contas e a presença interna dos Ministérios Públicos de Contas.

A primeira reflexão é no sentido de conferir efetividade institucional às assertivas do emérito Professor José Afonso da Silva:

“Entendo que os princípios fundamentais que regem o Ministério Público em geral se aplicam também ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. É verdade que essa aplicação não é automática. Mas é lícito, segundo me parece, às Constituições dos Estados e mesmo às Leis Complementares orgânicas do Ministério Público, ou mesmo uma lei ordinária específica, definir-lhes o regime orgânico e administrativo, incluindo a autonomia funcional e administrativa. Se a Constituição Federal não lhes deu expressamente essas prerrogativas, também não as proibiu. Ao contrário, o sentido que ela deu ao Ministério Público em geral comporta reconhecer que ela o admite. Por isso mesmo parece-me, com a devida vênia, incorreto o julgamento de inconstitucionalidade da cláusula do § 5º do art. 35 da Constituição do Estado de Tocantins que reconhecia ao Ministério Público junto ao seu Tribunal de Contas a autonomia funcional e administrativa que a mesma Constituição confere ao Ministério em geral.”⁵⁶

A segunda reflexão iria mais longe, na senda aberta pela precedente. Adotada a linha de autonomia funcional e administrativa do Ministério Público de Contas, tratar-se-ia então, dado esse parâmetro, de ampliar a autonomia das próprias Cortes de Contas.

Mais uma vez na esteira dessa postulação, teríamos a *terceira reflexão*: é no sentido de dar prioridade ao aperfeiçoamento da legislação nacional e processual de

⁵⁵ BRITO, Bruno Alves de. O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas: um Ministério Público especial. *RTCEMG*, Belo Horizonte, v. 61, n. 4, out./ dez. 2006, p. 99-127.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *Controle externo – Temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 36.

todos os Tribunais de Contas – tanto sob o prisma da necessária “organicidade”, deferindo as competências, os direitos e as garantias de seus membros, quanto sob o ângulo da forma de atuar. Nessa linha, a judiciosa advertência do Conselheiro Thiers Vianna Montebello, Conselheiro-Presidente do TCMRJ, é que a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União deverá “servir de paradigma para as demais Cortes existentes no País.”⁵⁷

E a *quarta* e última reflexão prosseguiria a proposta de criação do Conselho Nacional dos Tribunais de Contas, a partir dos modelos do CNJ (art. 103-B e seus parágrafos da Constituição Federal, Emenda 45/04) e do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A e seus parágrafos, Emenda 45/04).

O Conselho em perspectiva contaria, logicamente, com a indispensável presença de representantes do Ministério Público junto às Cortes de Contas; e viria, certamente, preencher a letargia que determinou, até o momento, a ausência de regulamentação e implantação do Conselho de Gestão Fiscal (art. 67 da LRF).

Lembramos, com reverência, magistral palestra do insigne Miguel Seabra Fagundes, feita no V Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em Belo Horizonte, entre 17 a 21 de agosto de 1986:

“Temos que um dos caminhos mais fecundos a adotar para o aperfeiçoamento da máquina administrativa, subtraindo-a à discricionariedade e mesmo arbítrio, da vontade pessoal dos titulares maiores (Presidente da República, Governadores, Prefeitos, Ministros e Secretários de Estado, além doutros), tão freqüentemente caracterizando o comportamento dos agentes no cotidiano da administração brasileira, é a instituição de conselhos deliberativos, dos quais fiquem a depender medidas vitais para a coletividade.”⁵⁸

8. Considerações finais

Nos dias correntes, a doutrina do direito administrativo contemporâneo rende o devido louvor à essencialidade das decisões das Cortes de Contas.

⁵⁷ MONTEBELLO, Thiers Vianna. Cortes de Contas – Pela uniformização de suas normas fundamentais. *Revista TCMRJ*, n. 23, dez. 2002, p. 3.

⁵⁸ FAGUNDES, M. Seabra. *O Direito Administrativo na futura Constituição*. Palestra proferida no V Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em Belo Horizonte entre 17 e 21 de agosto de 1986. Registre-se que o texto está retificado pelo autor em 15 de julho de 1987 em carta dirigida ao signatário para que guarde para sempre.

Muitos autores, com pena de ouro, fizeram justiça à ampla dimensão do acervo contributivo dos TCs e à solidez de seus subsídios ao Poder Judiciário e às mais decisivas questões de Estado.⁵⁹

A exemplo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto focalizou, com propriedade, os avanços e as verdadeiras "mutações" que se têm processado nos órgãos de controle externo, sintetizando:

"Em suma... os órgãos de contas alcançaram indubitavelmente sua maturidade e máxima prestância deixando de ser apenas órgãos de Estado para serem órgãos da sociedade no Estado, pois a ela servem não apenas *indiretamente*, no exercício de suas funções de controle externo, em auxílio da totalidade dos entes e dos órgãos conformadores do aparelho do Estado, como *diretamente* à sociedade, por sua acrescida e nobre função de canal de controle social, o que os situa como órgãos de vanguarda dos Estados policráticos e democráticos que adentram o século XXI."⁶⁰

Em 2 de dezembro de 2008

Carlos Pinto Coelho Motta

⁵⁹ Essa afirmativa é fortalecida pela monografia do Ministro Benjamin Zymler: A visão dos Tribunais de Contas sobre os contratos administrativos. *FCGP*, ano 3, n. 30, jun. 2004, p. 3863-3878.

⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUSA, Alfredo José de, et al.. *O novo Tribunal de Contas – Órgão protetor dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 85-86.